

JOSÉ VIDA FERNÁNDEZ \*

*El sistema de evaluación económica y supervisión  
de la regulación de las agencias en Estados Unidos*

## SUMARIO

Introducción. 1. La evolución de la política regulatoria en Estados Unidos. 1.1. Algunas precisiones en torno al concepto jurídico de regulación en Estados Unidos. 1.2. El significado de la política de evaluación de impacto de la regulación. 1.3. El origen de la evaluación de impacto de la regulación en la *environmental era*. 1.4. El desarrollo de la evaluación de impacto de la regulación a partir de la *deregulatory era*. 2. La limitada contribución del Congreso a la política de evaluación económica de la regulación de las agencias. 3. La imposición de la política de evaluación económica de la regulación de las agencias por el Presidente. 3.1. El dominio del Presidente sobre la actividad de las agencias: las órdenes ejecutivas y sus límites. 3.2. El sistema de evaluación económica y revisión de la regulación dispuesto en las órdenes ejecutivas. 3.3. Medidas complementarias: análisis retrospectivo, agenda unificada y cooperación regulatoria internacional. 3.4. Últimas tendencias en la política regulatoria: de la desregulación a la destrucción de la regulación. 4. El control judicial de la evaluación económica de la regulación. 4.1. El control judicial de las leyes y las órdenes que disponen el sistema de evaluación económica y revisión de la regulación. 4.2. El control judicial sobre el sometimiento o no de la regulación a la evaluación económica. 4.3. El control judicial de la aplicación de la evaluación económica a la regulación. Bibliografía.

## RESUMEN

El presente trabajo ofrece una visión completa y actualizada del marco en que se desarrolla la regulación de las agencias en Estados Unidos que se caracteriza por estar sometida a un complejo e intenso sistema de evaluación económica y supervisión regulatoria. Se trata de una metanormativa que dispone cómo se tiene que elaborar las normas por parte de las agencias (normas sobre normas o regulación sobre la regulación) que exigen el análisis y ponderación de sus costes y beneficios que supervisa el presidente, junto al Congreso y los Tribunales. A lo largo del trabajo se podrá comprobar el papel que desempeña cada uno de estos poderes en la configuración de este sistema de evaluación económica y supervisión, que ha sido impulsado por el Congreso y, sobre todo, por el presidente para ejercer un mayor control sobre la regulación de las agencias y, en definitiva, sobre el desarrollo de la políticas públicas en Estados Unidos.

**PALABRAS CLAVE:** regulación, Estados Unidos, evaluación económica, análisis coste-beneficio, evaluación de impacto regulatorio, procedimiento normativo.

---

\* Licenciado en Derecho (premio extraordinario) de la Universidad de Granada. Doctor europeo en Derecho, Universidad de Bolonia, Italia. Profesor titular de Derecho Administrativo, Universidad Carlos III de Madrid. Subdirector del Máster en Derecho de las Telecomunicaciones, Protección de Datos, Audiovisual y Sociedad de la Información, Universidad Carlos III de Madrid. Docente del programa de Especialización en Regulación y Gestión de las Telecomunicaciones y de la Maestría en Derecho del Estado con énfasis en Regulación y Gestión de las Telecomunicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: jose.vida@uc3m.es

## INTRODUCCIÓN

Desde mediados del siglo pasado, la regulación<sup>1</sup> en Estados Unidos se ha desarrollado a lo largo de muy diversas etapas tras las que se ha confirmado su relevancia y omnipresencia —a pesar de los procesos de desregulación—, lo que permite hablar de la existencia de un Estado regulador (*regulatory state*). A lo largo de toda esta evolución se ha ido creando una política regulatoria que ejerce como verdadera meta-regulación —o regulación de la regulación— con la finalidad de mejorar la intervención pública procurando hacerla más eficiente a través de la evaluación económica de su impacto y la ponderación la ponderación de sus costes económicos y de los beneficios que aporta, lo que ha convertido al Estado regulador en un verdadero Estado de la eficiencia o del coste-beneficio (*cost-benefit state*)<sup>2</sup>. A pesar de que la regulación basada en su evaluación económica ha sido criticada tanto por su limitaciones técnicas, políticas y, sobre todo, éticas, así como por su sesgo desregulador y los intereses que incorpora<sup>3</sup>, todos los poderes públicos en Estados Unidos se han rendido a las supuestas virtudes del análisis coste-beneficio (ACB) en la evaluación de la regulación de las agencias.

El Poder Ejecutivo, en manos del presidente, es el principal impulsor de la política de evaluación impacto de la regulación —y, en particular, aquella basada en el ACB— en la medida que le permite controlar a las agencias y modular el alcance y contenido de su regulación. Aunque a finales de la década pasada coincidieron las circunstancias propicias para un cambio en la política regulatoria —dadas las consecuencias de la crisis económica que puso de manifiesto el fracaso de la regulación y la llegada a la presidencia de los demócratas—, sin embargo, el presidente Obama respaldó la política regulatoria precedente basada en la evaluación económica de la regulación a través del ACB. Con este planteamiento,

---

1 El término “regulación”, así como los demás que se emplean en el presente trabajo, se utilizan en el sentido que se le atribuye en el Derecho de Estados Unidos, que *grosso modo* puede identificarse con las normas adoptadas por las agencias en ejecución de las leyes (*vid. infra* apartado 2.1). Como es bien sabido, la regulación fuera de ese contexto, y en particular, en el ámbito europeo, hace referencia a un fenómeno distinto cuando dicho término se utiliza en sentido estricto, relacionado con la actividad que desarrollan las agencias independientes en los sectores liberalizados.

2 La primera llamada de atención sobre este fenómeno corresponde a SUNSTEIN, CASS. Legislative foreword: Congress, constitutional moments, and the cost-benefit state, *Stanford Law Review* 48, (1996): 247-309. Sobre el concepto y significado del *cost-benefit state* *vid.* la respuesta a Sunstein de Thomas O. McGarity. *A cost-benefit state*, *Administrative Law Review* 50, (1998): 7-12, y el posterior trabajo de este último CASS R. SUNSTEIN. *The cost-benefit state: the future of regulatory protection* (American Bar Association, 2002), ix, 4-5.

3 Entre las críticas más destacadas se encuentran las de THOMAS O. MCGARTY, SYDNEY SHAPIRO y DAVID BOLLIER. *Sophisticated sabotage: the intellectual games used to subvert responsible regulation* (Washington: Environmental Law Institute, 2004). Con una completa recopilación de ensayos críticos con el uso del CBA en regulación; también la conocida obra de ACKERMAN, FRANK y LISA HEINZERLING. (2004): *Priceless. On knowing the price of everything and the value of nothing* (Nueva York: New Press, 2004) que contiene una crítica al economicismo que implica el uso del ACB en la regulación como parte de un programa político neoliberal; también el libro de REVESZ, RICHARD y MICHAEL A. LIVERMORE. *Retaking rationality: how cost-benefit analysis can better protect the environment and our health* (Nueva York: Oxford University Press, 2008), en el que se critica el abuso del CBA en la regulación impulsada por asociaciones patronales y los académicos financiados por empresas; y KYSAR, DOUGLAS. *Regulating from nowhere: environmental law and the search for objectivity* (New Haven: Yale University Press, 2010) que desarrolla una crítica a las limitaciones e implicaciones filosófico-políticas de la aplicación del ACB a las decisiones relacionadas con la política medioambiental.

a comienzos de 2010, puso en marcha un plan para crear una regulación propia del siglo XXI a través de la Orden Ejecutiva 13.563 (*Executive Order*, E.O.) y de otras órdenes<sup>4</sup> dirigidas a extender, mejorar e intensificar su evaluación económica y la justificación de sus costes bajo el control de la Casa Blanca ejercido a través de la Oficina de Información y Asunto Regulatorios (*Office of Information and Regulatory Affairs*, OIRA)<sup>5</sup>. Las últimas actuaciones desarrolladas desde la presidencia por Donald Trump están poniendo en entredicho décadas de sofisticada evolución de la política regulatoria en Estados Unidos basada en la evaluación económica de la regulación, ya que si bien no se ha derogado, sí ha sido completada mediante E.O. 13.771<sup>[6]</sup> con la que impone una regla tan absurda como ineficaz, puesto que exige por cada nueva norma que se adopte se supriman dos de las ya existentes.

Los tribunales también parecen favorables a la regulación basada en el análisis económico en tanto han confirmado la posibilidad de que las agencias procedan a la evaluación de impacto regulatorio a través del ACB en los casos en que no exista un claro mandato legal al respecto y, asimismo, exigen a las agencias la realización de ACB adicionales cuando las leyes lo exigen expresamente. En el asunto *Entergy Corp. v. Riverkeeper, Inc.* (2009)<sup>7</sup> el Tribunal Supremo respaldó el uso del ACB por la Agencia de Protección del Medioambiente (*Environmental Protection Agency*, EPA) al fijar unos estándares de protección menores frente a la contaminación del agua producida por las plantas hidroeléctricas a pesar de que la ley aplicable no exigía de forma clara la aplicación de este criterio. Por otra parte, la Corte de Apelaciones para el Circuito del Distrito de Columbia (*D.C. Court*)<sup>8</sup> ha anulado numerosas normas dictadas por la agencias sobre la base de un incumplimiento en su obligación de determinar de manera adecuada los efectos económicos de dichas normas en su elaboración a través del ACB cuando así se exige por las leyes.

4 El contenido de la E.O. 13.563, sobre mejora de la regulación y revisión regulatoria (*Improving Regulation and Regulatory Review*) (18 de enero de 2011) se vio reforzado a través de la E.O. 13.610, sobre identificación y reducción de las cargas regulatorias (*Identifying and Reducing Regulatory Burdens*) (27 de mayo de 2012), a la vez que se extendió a las agencias independientes mediante la E.O. 13.579, sobre regulación y agencias reguladoras independientes (*Regulation and Independent Regulatory Agencies*) (11 de julio de 2011) y se exporta a otros países como propone la E.O. 13.609, sobre promoción de la cooperación regulatoria internacional (*Promoting International Regulatory Cooperation*) (1.º de mayo de 2012).

5 De hecho, la reforma regulatoria impulsada por el presidente Obama fue inspirada por el entonces profesor de la Universidad de Chicago, CASS R. SUNSTEIN que fue nombrado director de la OIRA y ocupó su cargo entre 2009 y 2012. Su experiencia de este período se recoge en su trabajo *The office of information and regulatory affairs: myths and realities*, *Harvard Law Review* 126, n.º 7 (2013): 1838-1878 y, de manera más informal, en *Simpler: the future of government*. Nueva York: Simon & Schuster, 2013. [Traducción española: (*Más simple. El futuro del gobierno* (Madrid: Marcial Pons, 2014)].

6 E.O. 13.771, Reducir la Regulación y Controlar los Costes Regulatorios (*Reducing Regulation and Controlling Regulatory Costs*) (30 de enero de 2017), a la que debe sumarse la E.O. 13.777 para la aplicación del programa de reforma regulatoria (*Enforcing the Regulatory Reform Agenda* (24 de febrero de 2017)).

7 *Entergy Corp. v. Riverkeeper, Inc.* 129 S. Ct. 1498 (U.S. 2009).

8 El *District of Columbia Circuit Court of Appeals* (D.C. Cir.) es el tribunal al que corresponde conocer en primera instancia de la regulación producida por las agencias federales por lo que lleva décadas exigiendo la aplicación del ACB —cuando así se dispone legalmente—: *Public Citizen Health Research Group v. Tyson*, 796 F.2d 1479 (D.C. Cir. 1986); *Corrosion Proof Fittings v. EPA* (asbestos), 947 F.2d 1201 (D. C. Cir. 1991); *New Jersey v. EPA* (mercurio) 517 F.3d 574 (D.C. Cir. 2008); *Business Roundtable and Chamber of Commerce of the United States v. SEC*, No. 10-1305 (D.C. Cir. 2011).

Por último, el Congreso lleva, desde hace década, incorporando de la evaluación económica como requisito para la elaboración de la regulación por parte de las agencias. Sin embargo, se trata de exigencias de carácter puntual y asistemático por lo que distan mucho de convertirse en la regla general. Por otra parte, el Congreso ha aprobado diversas leyes de carácter general<sup>9</sup>, que se proyectan sobre el procedimiento de elaboración de las normas por parte de las agencias que ordena la Ley de Procedimiento Administrativo (*Administrative Procedure Act*, APA) y que, en determinados casos, exigen la evaluación de la regulación por parte de las agencias y permiten su supervisión por parte del Congreso. De hecho, dentro de la reforma de la política regulatoria liderada por el presidente Trump, existen dos propuestas que en enero de 2017 pasaron al Senado y que, de ver la luz, potenciaría de forma extraordinaria la exigencias de evaluación económica a las agencias y su supervisión por parte del Congreso. Se trata de la *Regulatory Accountability Act* con la que se pretende modificar el procedimiento informal para la elaboración de la normativa por parte de las agencias que está previsto en la APA caracterizado por su naturaleza participativa (*notice and comment*), y sustituirlo por el procedimiento (*formal rulemaking*), que es más rígido y menos abierto —más similar al proceso judicial— en el que imponen de forma generalizada los ACB y que impide desarrollar un verdadero debate sobre el contenido de las normas. A este se añade la Ley de las Riends (*Regulations from the Executive in Need of Scrutiny Act*, REINS Act) que, de aprobarse finalmente, impediría la entrada en vigor de las normas de mayor impacto que necesitan de aprobación expresa por parte de las Cámaras, lo que supondría una alteración sin precedentes del equilibrio que se había mantenido hasta ahora entre el Poder Legislativo y el ejecutivo que permitía un amplio margen de actuación a las agencias a través de la doctrina de la delegación.

Como puede comprobarse, tanto desde el Congreso como de la presidencia de Estados Unidos se ha tratado de mejorar (y, a la vez, controlar) la regulación a través de la adopción de leyes y órdenes ejecutivas que obligan a las agencias a analizar y ponderar los costes y beneficios de las distintas opciones antes de dictar una determinada norma. En la medida que la evaluación económica a través del ACB se ha consagrado como un instrumento avalado e impulsado desde los distintos poderes del Estado por los dos grandes partidos para aprobar normas y hacer política, resulta oportuno analizar el advenimiento de lo que se ha dado en llamar el Estado del coste-beneficio como nueva y última etapa de la evolución de poder público en Estados Unidos y sus consecuencia para el sistema político y jurídico de dicho país.

El objeto del presente trabajo es el análisis del sistema de evaluación de impacto regulatorio en Estados Unidos, en general, y cómo opera el ACB, en particular, desde una perspectiva jurídica centrada en cómo afecta a la regulación de las agencias y, en particular, como se integra en el procedimiento de elaboración de las normas por parte de las agencias (*rulemaking*). Se trata de ofrecer una aproximación a este procedimiento, que es una materia técnica y compleja, pero con enormes implicaciones para la democracia en tanto es el ámbito en el que se concretan las políticas públicas que afectan a los ciudadanos.

---

9 Se trata, esencialmente de la Ley de flexibilidad regulatoria de 1980 (*Regulatory Flexibility Act*), la Ley de Reforma de la normativa sin financiación de 1995 (*Unfunded Mandates Reform Act*) y, sobre todo, de la Ley de Revisión por el Congreso modificada en 1996 (*Congressional Review Act*).

Dentro del evolucionado sistema de evaluación de impacto de las normas que existe en Estados Unidos destaca por su trascendencia la evaluación económica desarrollada a través del ACB, que puede definirse como la identificación sistemática y comparativa de todos los costes y beneficios monetizados imputables a la iniciativa de una normativa o decisión política concreta<sup>10</sup>. El ACB es la técnica que se ha introducido y desarrollado en la evaluación de impacto regulatorio, aunque en los requisitos que impone a las agencias el Congreso y el presidente para la elaboración de su regulación no se haga mención expresa a esta. Sin duda, Estados Unidos constituyen el paradigma en cuanto al desarrollo de los sistemas de evaluación de impacto normativo y, asimismo, por lo que se refiere a exigir la justificación económica de su impacto en términos de ponderación de costes y beneficios, lo cual es posible gracias a las características del sistema político-institucional de Estados Unidos y a su particular configuración de la intervención pública como una excepción a los derechos y libertades individuales que solo es admisible cuando resulta económicamente justificada.

## I. LA EVOLUCIÓN DE LA POLÍTICA REGULATORIA EN ESTADOS UNIDOS

### I.1. ALGUNAS PRECISIONES EN TORNO AL CONCEPTO JURÍDICO DE REGULACIÓN EN ESTADOS UNIDOS

Para entender mejor el significado y las implicaciones de la incorporación de la evaluación económica al diseño de la regulación conviene adoptar una perspectiva suficiente para apreciar cómo encaja dentro del sistema político e institucional de Estados Unidos. Se trata, con este planteamiento, de no caer en los detalles de los mecanismos de análisis y evaluación y trascender de su dimensión económica para identificar cuál es su verdadera función en la actual configuración de los poderes públicos.

En esta aproximación general resulta imprescindible resaltar, en primer lugar, la importancia de la regulación (*regulation*) en Estados Unidos, donde presenta una notable extensión e intensidad en un país que es el paradigma de la libertad individual frente a la omnipresencia del Estado propia de la tradición europea<sup>11</sup>. Los orígenes de la regulación se remontan al siglo XIX y, desde entonces, ha evolucionado pasando por diversas etapas, intensificándose o disminuyendo, si bien siempre ha estado lejos de desaparecer.

---

10 Esta es una descripción genérica del ACB—también conocido como análisis de beneficios y costes—, sin atender a sus características concretas que dependen de la metodología que se aplique, lo que da lugar a distintos modelos de ACB. Sobre esta cuestión *vid.* POSNER, RICHARD. Cost-benefit analysis: definition, justification and comments on conference paper, *The Journal of Legal Studies* 29, n.º 2 (2000): 1153-1158.

11 Un vistazo al llamado Estado regulador o interventor permite constatar que la regulación se encuentra en el corazón del sistema político de Estados Unidos. A nivel federal existen más de cincuenta agencias, que van desde el Servicio de Inspección de Animales y Plantas (*Animal and Plant Inspection Service*) a la Oficina de Aduanas y Protección de Fronteras (*Bureau of Customs and Border Protection*), y que producen en torno a 4000 nuevas normas (*rules*) cada año y generan unas 70.000 páginas en el Boletín Oficial (*Federal Register*), lo que se multiplica a nivel estatal por cincuenta Estados. MARIANO-FLORENTINO CUÉLLAR. Rethinking regulatory democracy, *Administrative Law Review* 57, (2005): 413.

Debe tenerse en cuenta que la regulación no consiste solamente en la intervención sobre la economía. Esta es una definición genérica y poco precisa que, por lo general, se emplea en el ámbito de la economía y que ignora de dónde procede la regulación, qué naturaleza tiene y cuál es su legitimidad. Desde una perspectiva jurídica todas estas cuestiones son relevantes, por lo que existe una definición más precisa que la identifica la regulación (*regulation*) con cualquier actuación de las agencias con efectos futuros y carácter prescriptivo que se adopta en desarrollo de una Ley (*statute*)<sup>12</sup>.

**La regulación de las agencias constituye así la piedra angular del sistema político de Estados Unidos en tanto el Congreso** crea las agencias y les delega poderes normativos, de modo que dictan una normativa que tienen una fuerza equivalente a la ley bajo una directrices extremadamente amplias. De este modo, las agencias cuentan con una enorme capacidad hacer política dentro del amplio margen fijado por el Congreso —y bajo la dirección del presidente en el caso de las agencias ejecutivas—, en tanto carece del tiempo, el conocimiento y los medios suficientes para dictar una normativa adecuada y completa para una sociedad cada vez más compleja, técnica y cambiante. La articulación de la acción política a través de la actividad reguladora de las agencias cuenta con numerosas ventajas en tanto facilita la adopción de decisiones más técnicas y neutrales a través de normas que son más fáciles de aprobar así como de adaptar a nuevas circunstancias, garantizando, asimismo, una mayor participación<sup>13</sup>. Tanto el Congreso como las sucesivas presidencias han utilizado siempre la delegación a través de la regulación para desarrollar sus políticas y programas, mientras que los Tribunales han interpretado de forma muy amplia la capacidad reguladora de las agencias convirtiéndolas virtualmente en órganos legislativos<sup>14</sup>.

Como consecuencia, las agencias son auténticos legisladores que desarrollan las políticas públicas en tanto tienen atribuida un amplio poder normativo con gran alcance para dictar normas y desarrollar políticas bajo su propio criterio en el llamado Estado administrativo o

12 De manera más precisa, se puede definir como “la totalidad o una parte de la declaración de una agencia de aplicación general o particular y efectos futuros, diseñada para implementar, interpretar o prescribir normas o políticas, o que disponga los requisitos organizativos, procedimentales o prácticos a las agencias” [APA USC § 551 (4) y Sección 2 (d) de la E.O. 12.866]. La regulación da como resultado *rules* o normas con efectos jurídicos vinculantes en tanto que son elaboradas a través del procedimiento informal o de participación pública (*informal procedure or notice-and-comment procedure*) dispuesto por la APA, 5 U.S.C. § 553. *Vid.* PIERCE, RICHARD. *Administrative law treatise* (Nueva York: Aspen Publishers, 2009), 401-408.

13 *Vid.* KERWIN, CORNELIUS y SCOTT R. FURLONG. *Rulemaking: how government agencies write law and make policy* (Washington: DC:CQ, 2011), 2 y 29-31; también Pierce (2009), 111. Este planteamiento parte de una concepción en la que el legislador se guía exclusivamente por el interés público. Otros planteamientos como la teoría del *social choice* o la del *public choice*, considerarían otras razones para atribuir la capacidad reguladora a las agencias.

14 A pesar del debate sobre los límites de la doctrina de la delegación (*delegation doctrine*) que cuestiona lo apropiado de tal delegación en una democracia representativa, hay pocas dudas de que las agencias cuentan con un amplio poder para adoptar normas con fuerza equivalente a la ley. Después de un breve período durante los ochenta del siglo pasado en el que el Tribunal Supremo se alejó de la doctrina de la delegación (*nondelegation doctrine*), el Tribunal confirmó con amplias mayorías la atribución de amplios poderes de delegación a las agencias. Pierce (2009), 109. En *Whitman v. American Trucking Associations, Inc.*, 531 U.S. 457, 121 S. Ct. 903, 149 L. Ed. 2d 1 (2001) el magistrado John Stevens, afirmaba en su voto particular concurrente “estoy totalmente convencido de que sería más sensato y ajustado [...] admitir que las capacidad reguladora de las agencias es poder legislativo”.

regulador (*administrative or regulatory state*)<sup>15</sup>. La enorme capacidad de actuación que la ley deja a las agencias se encuentra limitada por la información técnica, científica y económica, así como por las alegaciones de los interesados que deben ser tenidas en cuenta a la hora de elaborar las normas. En concreto, la evaluación de impacto regulatorio facilita información sobre las consecuencias de las diferentes opciones en distintas dimensiones, por lo que incide de forma determinante en la configuración de las normas.

La concentración de poder por parte de las agencias dentro del sistema político explica el interés del Congreso y del presidente en dominar el procedimiento para la elaboración de la regulación por parte de estas, y a través de esto, la totalidad de la iniciativa política. La evaluación de impacto regulatorio desempeña un papel fundamental en este proceso en tanto permite controlar este procedimiento y sirve para modular la regulación.

Antes de continuar con el análisis de la evolución que ha experimentado el sistema de evaluación de impacto regulatorio en Estados Unidos, son necesarias algunas aclaraciones sobre las principales características de la regulación para comprender mejor cómo opera sobre esta.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que las agencias, en cuanto responsable de la regulación, no son unos organismos homogéneos, ya que el Congreso las configura no como una categoría, sino de manera individual atribuyéndoles distinta organización y funciones. Más allá de su denominación (departamento, comisión, consejo, oficina, agencia) las agencias que aquí interesan son aquellas que, dentro del ejecutivo, cuentan con poderes cuasilegislativos para dictar normas<sup>16</sup> (agencias reguladoras) al margen de que se encuentre bajo el control del presidente o sean independientes<sup>17</sup> (agencias ejecutivas o independientes).

En segundo lugar, las agencias no cuentan con poderes inherentes sino que cuentan con una doble dependencia. Sus acciones están sujetas a que el Congreso que las crea les atribuya poderes suficientes de acuerdo con la doctrina de la delegación. Asimismo, las agencias ejercitan sus poderes bajo el control del presidente como representación del Ejecutivo, excluyendo a las agencias independientes que, en todo caso, puede ser influido por aquel.

En tercer lugar, las agencias desarrollan su actividad no solo a través de la regulación de carácter normativo adoptada a través del procedimiento informal de elaboración de normas (*informal rulemaking*), sino también a través de otro tipo de normas, así como de

---

15 En particular, esto es así a partir del asunto *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984). Con anterioridad, el Congreso tenía la responsabilidad principal en la elaboración normativa mientras que las agencias solamente podían adoptar decisiones de alcance político cuando el Congreso delegase explícitamente dicho poder actuando así como asesores expertos. *Chevron* amplió drásticamente la legitimidad de las agencias para dictar e interpretar las normas, de modo que las agencias pasan de asesores expertos a creadores e interpretes de la ley. De este modo, la regulación se convierte en el centro del ordenamiento jurídico en Estados Unidos, por lo que no es posible la acción política sin la regulación. C. M. Kerwin y S. R. Furlon (2011), 8.

16 Por lo que, en general, se puede desintiguir entre normas (*rules*) legislativas, no legislativas e interpretativas.

17 Como es bien sabido, las agencias ejecutivas sirven al presidente mientras que las independientes quedan al margen de su control, entre otras circunstancias, a través de la imposibilidad del cese de sus miembros excepto en supuestos tasados [*Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602, 626–32 (1935)]. Debe tenerse en cuenta que las agencias independientes se encuentran inicialmente excluidas de los requisitos de evaluación de impacto que exigen las órdenes ejecutivas.



resoluciones (*adjudication*)<sup>18</sup>, así que aunque la evaluación económica se aplica en todos los casos, desempeña un papel diferente cuando se utiliza para producir normas.

Cuarto, no todas las agencias actúan en materias de carácter económico o con una finalidad exclusivamente económica. A diferencia de lo que sucede en el ámbito europeo, las agencias son la forma natural que adopta la Administración en Estados Unidos, por lo que, además de intervenir sobre los mercados (como es el caso de la Comisión Federal del Comercio o de las Telecomunicaciones —FTC, FCC—, entre otras), lo hacen en otros ámbitos ajenos a la economía (como es el medio ambiente —EPA—, la seguridad nacional —*Homeland*— o las prisiones —*Bureau of Prison*—)<sup>19</sup>, y, asimismo, pueden actuar con una finalidad social distinta de la económica (*social regulation*) para responder a los principios fijados en la ley que pueden ser tanto económicos como no económicos —tales como la vida, la salud, la seguridad o la dignidad—. En este sentido, la regulación que producen las agencias no puede ser vista solamente como un medio para resolver fallos del mercado<sup>20</sup>, sino que también puede considerarse como el resultado de una decisión política en la que se priorizan diferentes valores (medio ambiente, salud) al margen de la eficiencia económica.

En último lugar, la evaluación económica de la regulación y la consiguiente aplicación de criterios económicos a su diseño no es una exigencia que figure expresamente en la Constitución ni que se derive de manera natural de esta. De hecho, la evaluación económica ha sido introducida en las últimas décadas como una estrategia política para mejorar la regulación y racionalizar el proceso de su elaboración a partir de las ventajas económicas que aportan, pero esto no significa que tengan que primar los criterios económicos sobre los sociales, de manera que la evaluación económica se convierta en el lecho de Procusto al que deben adoptarse todas las normas. Por el contrario se utiliza como instrumento para identificar las posibles consecuencias de las distintas alternativas existentes a la hora de desarrollar una determinada política.

18 El catálogo de actuaciones y disposiciones de las agencias es muy amplio. Solamente una parte de estas se adoptan como normas (*legislative rules*), amparadas a través del procedimiento informal (*informal rulemaking*) que da lugar a las normas relevantes que son objeto de evaluación.

19 El Código Federal de Regulación (*Federal Code of Regulation*) tiene cincuenta apartados que ha ido creciendo desde 1938. *Vid.* RINGQUIST, EVAN, JEFFREY WORSHAM y MARC ALLEN EISNER. *Contemporary regulatory policy* (Lynne Rienner Pub, 2006), 141-164.

20 En las décadas pasadas prevaleció la interpretación académica de la regulación como una respuesta a los fallos del mercado, aunque desde la propia economía existían otras justificaciones a la regulación como los problemas de equidad (*distributive justice*). En el ámbito jurídico BREYER STEPHEN, RICHARD B. STEWART, CASS R. SUNSTEIN, ADRIAN VERMEULE y MICHAEL HERZ. *Administrative law and regulatory policy: problems, text, and cases* (Nueva York: Wolters Kluwer, 2011), 4-15; vinculan la regulación de las agencias con fallos o insuficiencias del mercado (monopolio, externalidades, asimetrías en la información, excesiva competencia, escasez debida a la crisis) aunque admiten la actuación paternalista en determinados ámbitos. También MCGARTY, SHAPIRO y BOLLIER (2004), 5 exigen el replanteamiento de la regulación vinculada exclusivamente a las prioridades económicas de las empresas.

## 1.2. EL SIGNIFICADO DE LA POLÍTICA DE EVALUACIÓN DE IMPACTO DE LA REGULACIÓN

A lo largo de las últimas décadas se ha desarrollado en Estados Unidos una meta-política que dispone cómo las agencias diseñan sus normas y desarrollan sus políticas concretas a través de una “regulación de la regulación”, esto es una serie de normas sobre cómo tiene que elaborarse las normas por parte de las agencias.

La importancia de esta política regulatoria compuesta por un conjunto de requisitos contenidos leyes del Congreso y órdenes ejecutivas del presidente que disponen cómo funcionan las agencias es evidente. Se trata de un marco general de carácter horizontal que se aplica y condicionan todas las políticas sectoriales que desarrollan las agencias.

Esto explica que tanto el Congreso como los presidentes, con el aval de los tribunales, hayan estado tratando por igual de fijar el marco al que tiene que sujetarse la regulación de las agencias para poder controlar así la totalidad de la acción política. La evaluación de impacto de la regulación se ha convertido, por tanto, en una pieza esencial en la historia del Derecho administrativo de Estados Unidos<sup>21</sup>.

Los elementos que conforman el actual sistema de evaluación de impacto de la regulación en Estados Unidos surgen en el momento mismo del nacimiento del Derecho administrativo contemporáneo al inicio del *New Deal*. Por una parte, se hizo necesario formalizar un procedimiento administrativo dado el incremento de los poderes delegados en manos de las agencias, de modo que en 1946 se aprobó la *Administrative Procedure Act* (APA) que aportó estabilidad y predictibilidad a la adopción de decisiones por parte de las numerosas agencias que se habían ido creado con unos amplios poderes regulatorios<sup>22</sup>. Con anterioridad, la enorme expansión del Gobierno federal y la multiplicación en el mismo de las agencias había hecho necesaria su supervisión y control presidencial para lo que se creó la Oficina Ejecutiva del presidente (*Executive Office of the President, EOP*) que en 1939 comenzó su actividad de vigilancia de las agencias<sup>23</sup>. Por otra parte, ya en aquellos momentos, tanto el Congreso como el presidente empezaron a exigir la aplicación de unos criterios de evaluación económica a la regulación de las agencias, aunque tenían una escasa relevancia dado lo limitado de su alcance y la ausencia de una aplicación sistemática y obligatoria<sup>24</sup>.

21 Vid. LUBBERS, JEFFREY. *A guide to federal agency rulemaking* (Chicago: American Bar Association, 2014), 20-36. Un análisis de la evolución del control presidencial se encuentra en BRUFF, HAROLD. Presidential management of agency rulemaking, *Georg Washington Law Review* 57, (1989): 553. También en REVESZ y LIVERMORE (2008), 21-51. Un planteamiento crítico sobre este proceso puede encontrarse en COOPER, PHILLIP. *The war against regulation: from Jimmy Carter to George W. Bush* (Kansas: University Press of Kansas, 2009).

22 Vid. PIERCE (2010), 14-18.

23 *Reorganization Act of 1939*, 3 U.S.C. § 106, 31 U.S.C. §§ 701, 1101, que fue adoptada conforme a la recomendación de la Comisión Brownlow.

24 El Consejo Nacional de Planificación (*National Planning Board*) constituido por el Presidente Roosevelt inició sus actividades en 1934 exigiendo el análisis económico de los proyectos de las obras públicas. También el Congreso empezó a introducir la evaluación económica a través de la exigencia de una justificación de los costes en las decisiones de las agencias, tal y como se disponía en la Ley de Control de las Inundaciones de 1936 (*Flood Control Act*). En todo caso las agencias actuaban a estos efectos de forma individual sin una verdadera supervisión de la Casa Blanca y no existían unos principios o estándares uniformes para el desarrollo

### 1.3. EL ORIGEN DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO DE LA REGULACIÓN EN LA ENVIRONMENTAL ERA

Durante la década de los años sesenta y setenta del pasado siglo la regulación de las agencias experimentó un fuerte incremento, tanto cuantitativo como cualitativo, lo que dio lugar a la conocida como “la etapa medioambiental” (*Environmental Era*)<sup>25</sup>, por la especial intervención desarrollada en este ámbito. En este período se crearon nuevas agencias con unos poderes regulatorios más amplios que se proyectaron en nuevos ámbitos como la seguridad pública, la salud, el medio ambiente, por lo que se empezó a regular sobre materias que no estaban directamente relacionadas con el funcionamiento de los mercados, como son la garantía de los derechos de los trabajadores, la conservación de especies o la protección de los consumidores. Se emperazon así a desarrollar nuevas vías para la elaboración de la regulación más allá del procedimiento informal (*informal rulemaking*), basado en la información pública y las alegaciones, y los tribunales también comenzaron a exigir en sus sentencias requisitos adicionales a aplicar en estos procedimientos dando lugar a la llamada regulación híbrida (*hybrid rulemaking*).

La presión política y social ante diversos problemas había derivado en la generación de un conjunto de nuevos mecanismos y poderes en manos de las agencias que eran necesario controlar. En 1971, el presidente NIXON trató de racionalizar y someter a control la expansiva capacidad regulatoria de las agencias exigiéndoles, por primera vez, la aplicación de un análisis del impacto regulatorio de sus iniciativas que se sometía a la revisión presidencial ejercida por la nueva Oficina de Gestión y Presupuesto (*Office of Management and Budget*, OMB)<sup>26</sup>, dentro de la EOP. El presidente FORD también exigió a las agencias la evaluación económica y el análisis del coste y beneficio de su regulación a partir de 1974<sup>[27]</sup>, mientras que el presidente CARTER ordenó a través de la EO 12.044<sup>[28]</sup> que las agencias preparasen

de estas evaluaciones, tal y como apunta HUFSCHEIDT, MAYNARD. Benefit-cost analysis: 1933-1985, *Journal of Contemporary Water Research and Education* 116, (2000): 42.

- 25 Vid. AMAN, ALFRED. *The democracy deficit: taming globalization through law reform* (Nueva York: New York University Press, 2004) en cuya introducción lleva a cabo un recorrido por las diferentes etapas y (pp. 23-30) en las que se centra en la llamada *Environmental Era*.
- 26 Se trataba del programa de Análisis de la Calidad de Vida (*Quality of Life Review*) introducido por la E.O. 11.541 (1 de julio de 1970) que, asimismo, reorganizó la antigua Oficina del Presupuesto (*Bureau of Budget*) en la actual OMB, y que exigía a las agencias que remitiesen un borrador de sus proyectos de normas así como de las finalmente aprobadas con una descripción de las alternativas que incorporasen una comparación de sus costes. Vid. Memorandum for the heads of departments and agencies from OMB director George P. Schultz, October 5, 1971.
- 27 La E.O. 11.821 (24 de noviembre de 1974) exigían una evaluación del impacto de la inflación de las medidas adoptadas por las agencias que, posteriormente, se convertirían en una evaluación del impacto económico, tal y como se dispuso a través de la E.O. 11.949. Asimismo, se modificó la Ley de Inversiones de la Pequeña Empresa (*Small Business Investment Act*) de 1976 para exigir a las agencias una evaluación de los costes y otros efectos sobre las pequeñas empresas a través de la *Office of Advocacy within the U.S. Small Business Administration*.
- 28 La E.O. 12.044, para la mejora de la regulación (*Improving Government Regulations*, 23 de marzo de 1978), exigía el análisis regulatorio de aquellas propuestas de normas que fuesen consideradas “significativas” por razón de sus consecuencias económicas (un impacto en la economía de cien millones de dólares al año o más; o importantes incrementos en los costes o en los precios para los particulares, empresas, etc.).

un análisis regulatorio que examinase el coste-efectividad de las distintas alternativas en las propuestas de los normas más importantes (*major rules*) bajo la supervisión de la OMB. En todo caso, debe tenerse en cuenta que ninguna de estas medidas era realmente efectiva en tanto habían sido concebidas y diseñadas como parte de un programa de carácter voluntario para las agencias por lo que no incorporaban medidas para garantizar su cumplimiento por parte de aquellas<sup>29</sup>.

En este período empezaron a surgir, asimismo, las iniciativas del Congreso para condicionar el procedimiento regulatorio de las agencias y contener así el enorme incremento de la regulación. El Congreso, con mayoría demócrata, aprobó a finales de 1980 dos leyes muy relevantes para la mejora de la calidad de la regulación que recibió el apoyo unánime en ambas cámaras. Por una parte, la Ley de Flexibilidad Regulatoria (*Flexibility Regulatory Act*) con la que se pretende asegurar que las agencias federales tengan en cuenta a las pequeñas empresas e instituciones privadas para lo que exigen que evalúen el impacto sobre aquellas de las normas que proponga y que opten por la solución que sea menos gravosa. En segundo lugar, la Ley para la Reducción de la Burocracia (*Paperwork Reduction Act*) aprobada para reducir el volumen de trámites que tienen que soportar los ciudadanos y gestionar las agencias, y en la que se creó la Oficina de Información y Asuntos Regulatorios (*Office of Information and Regulatory Affairs*, OIRA) dentro de la OMB con competencias específicas para intervenir en cuestiones relacionadas con la información manejada por las agencias y establecer políticas al respecto y, sobre todo, para supervisar y aprobar o rechazar las solicitudes de información por parte de aquellas. La OIRA es una pieza clave dentro del organigrama de la política regulatoria de Estados Unidos, ya que, posteriormente, se convertirá en la “agencia de agencias” que ejerce la supervisión y el control de los análisis y evaluaciones de impacto de la regulación. El objetivo inicial de toda esta normativa era la mejora de la regulación mediante el ajuste de la actividad regulatoria a las necesidades de las empresas, en particular de las pequeñas empresas, así como suprimir los trámites y requisitos innecesarios. Sin embargo, con el tiempo, estos esfuerzos por racionalizar la regulación de las agencias se utilizaron para incrementar el poder del presidente sobre las agencias y limitar su actividad regulatoria bajo un programa neoliberal de desregulación.

#### I.4. EL DESARROLLO DE LA EVALUACIÓN DE IMPACTO DE LA REGULACIÓN A PARTIR DE LA *DEREGULATORY ERA*

El período de la desregulación (*Deregulatory Era*)<sup>30</sup>, iniciado en la década de los ochenta del pasado siglo, introdujo cambios transcendentales en la política regulatoria de Estados Unidos. La intensificación de la evaluación de impacto y el análisis regulatorio tiene su

---

29 Vid. MAYER, KENNETH. *With the stroke of a pen: executive orders and presidential power* (Nueva Jersey: Princeton University Press, 2001), 126 y ss., en la que se analizan en detalle la evolución de estas órdenes.

30 Otros autores como Aman (2004), 31 y ss., la denominan como la etapa de la globalización (*Global Era*) aunque en todo caso se identifica como un período caracterizado por la diferencia judicial hacia el ejecutivo en tanto las agencias tratan desregular e incorporar criterios económicos en las regulación bajo el impulso de la presidencia *vid.* Aman (2004), 31. Otros autores señalan que la desregulación no se concentra en una sola etapa, sino que se extiende de forma continua desde los setenta. *Cf.* COOPER (2009).

fundamento, según las explicaciones más comunes de sus defensores<sup>31</sup>, en factores como la desconfianza en la capacidad técnica de las agencias, los límites y disfunciones de la participación pública, así como el desorden y la ineficiencia de las actuaciones de las agencias. En todo caso, el principal factor que motivó este incremento tiene que ver con el contexto político en tanto la evaluación económica de la regulación a través del ACB que se introdujo mediante las órdenes del presidente Reagan se convirtió en un instrumento para desregular de forma discreta.

Debe tenerse en cuenta que la desregulación, entendida como una retirada la intervención pública ejercida por las agencias, fue un fenómeno más cualitativo que cuantitativo en el que la E.O. 12.291, sobre Regulación Federal (*Federal Regulation*) (17 de febrero de 1981) se perfiló como un elemento clave<sup>32</sup>. Las órdenes<sup>33</sup> dictadas por Reagan en materia de mejora de la regulación fueron diseñadas para permitir al presidente ejercer un amplio poder sobre las agencias y desarrollar su programa de desregulación —más que para mejorar su eficiencia, tal y como se declaraba—, dando lugar a un sistema de evaluación económica de la regulación que todavía se mantiene<sup>34</sup>, y que consiste en someter las normas de mayor impacto (*major rules*) de las agencias a un ACB formal bajo supervisión y control centralizado de la OIRA<sup>35</sup>. En concreto, la E.O. 12.291 exigía la aplicación de un CBA sometido a revisión

---

31 Cfr. NOU, JENNIFER. Regulating the rulemakers: a proposal for deliberative cost-benefit analysis, *Yale Law & Policy Review* 26, (2008): 612-616. También se ofrecen otras explicaciones como es el caso de Sunstein (2002), 6, quien indica que la desregulación se debe a tres factores: insuficiencia en la fijación de las prioridades, un coste excesivo en los instrumentos regulatorios y la desatención de los afectados por la regulación.

32 De manera muy sintética puede señalarse que la desregulación tuvo lugar en dos planos: por una parte, de manera vertical a través de la legislación sectorial (como, por ejemplo, con la Ley de Vehículos a Motor —*Motor Carrier Act*— de 1980) y medidas específicas adoptadas por las agencias; por otra parte, de forma horizontal a través de legislación general y órdenes ejecutivas referidas al procedimiento regulatorio como fue el caso de la Ley de Estimación de Costes Estatales y Locales (*State and Local Cost Estimate Act*) de 1981, posteriormente pasaría a ser la Ley de Reforma de la Normativa sin Financiación (*Unfunded Mandates Reform Act*) de 1981, así como a través de órdenes del presidente como la E.O. 12.291.

33 Además de la E.O. 12.291, el presidente Reagan dictó la E.O. 12.498 sobre Planificación Regulatoria (*Regulatory Planning Process*) (4 de enero de 1985) que exigía a las agencias ejecutivas remitir a la OMB un informe anual en el que se debía describir todo los proyectos más importantes, así como los objetivos y las metas políticas de la agencia.

34 Vid. MCGARITY, THOMAS. Presidential control of regulatory agency decisionmaking, *American University Law Review* 36, (1987): 454-462; quien critica que la supervisión del presidente se introdujo como mecanismo para llevar a cabo la desregulación. En el mismo sentido, y de forma más amplia, puede consultarse el trabajo de GOODMAN, MARSHALL y MARGARET T. WRIGHTSON. *Managing regulatory reform. The Reagan strategy and its impact* (Washington: Praeger Publishers Inc, 1987), 26-46, así como de Aman, Alfred. *Administrative Law in the Global Era* (Ithaca-Londres: Cornell University Press, 1991). La interpretación a este respecto se mantiene con el paso del tiempo, asumiendo que la inercia desregulatoria en cierto modo permanece presente vid. Mayer (2001), 126-127; HARRISON, JEFFREY, THOMAS D. MORGAN y PAUL R. VERKUIL. *Regulation and deregulation, cases and materials* (St. Paul: West Publishing Company, MN. Hill, C., 2004), 18; también PIERCE (2010), 664; y, en particular, REVESZ y MICHAEL (2008), 24-30. Debe tenerse en cuenta otras interpretaciones del origen y las razones de la E.O. 12.291 que apuntan a la introducción de una mayor fundamentación técnica y a la búsqueda de una regulación sensata. Vid. ADLER, MATTHEW y ERIC POSNER. *New foundations of cost-benefit analysis* (Cambridge: Harvard University Press, 2006), 3.

35 Un completo análisis de la aplicación de la E.O. 12.291 por parte de la OIRA puede encontrarse en MCGARITY, THOMAS. Regulatory reform in the Reagan Era, *Maryland Law Review* 45, (1986): 253-273 y, del mismo autor, Regulatory analysis and regulatory reform, *Texas Law Review*, 65 (1987): 1243.

con plena intensidad para lo que, primero, solicitaba a las agencias que llevaran a cabo una cuantificación, hasta donde fuera posible, de los costes y beneficios de sus propuestas regulatorias limitando su adopción a aquellos casos en que los beneficios superasen a los costes, y, segundo, este análisis se sometía un sistema de control centralizado en manos de la OIRA a la que se le reconoce la capacidad para recomendar la retirada de la regulación bloqueando así el proceso regulatorio.

Durante la presidencia de George H. W. Bush se mantuvo la evaluación de impacto regulatorio a través del ACB en los mismos términos que se había fijado por Reagan. El cambio de signo político trajo una nueva reforma regulatoria de la mano del presidente Clinton con su programa “Reinventar el Gobierno” (*National Partnership for Reinventing Government*), aunque esta reforma no alteró el sistema de evaluación económica de la regulación basada en el ACB, ya que, si bien el presidente Clinton revocó las órdenes anteriores, dictó la E.O. 12.866 sobre Planificación Regulatoria y Supervisión (*Regulatory Planning and Review*) (30 de septiembre de 1993) que reiteraba en gran medida la misma filosofía y los mismos principios que las órdenes anteriores, simplificando el procedimiento, y haciéndolo más selectivo y transparente.

Entre las principales modificaciones se encuentra, en primer lugar, el reconocimiento de que no todos los beneficios pueden ser cuantificados en términos económicos, de modo que se debe considerar el bienestar social (a través de costes y beneficios cualitativos) aunque no pueda ser fácilmente calculado, y, asimismo, se admitió que los costes de las iniciativas de regulación pueden superar a sus beneficios siempre que se justifique por la agencia<sup>36</sup>. El cambio a un Congreso de mayoría republicana con un discurso fuertemente desregulador bajo el programa Contrato con América (*Contract with America*) impidió a Clinton completar sus reformas, quien tuvo que contentarse con apoyar dos leyes que incrementaban el análisis regulatorio, pero fuera del control presidencia: la Ley de Reforma de la Normativa sin Financiación (*Unfunded Mandates Reform Act*) de 1995 y la Ley de Ajuste de la Aplicación de la Regulación a las Pequeñas Empresas (*Small Business Regulatory Enforcement Fairness Act*) de 1996.

La continuidad con la política precedente explica que el presidente G.W. Bush confirmase la Orden de Clinton en materia de política regulatoria y se limitase a añadir algunas modificaciones para ampliar y reforzar el control sobre las agencias<sup>37</sup>.

---

36 Un análisis detallado de la E.O. 12.866 puede encontrarse en el extenso trabajo de PILDES, RICHARD y CASS R. SUNSTEIN. *Reinventing the regulatory state*, *University of Chicago Law Review* 62, n.º 1, (1995): 1-129. También en Sunstein (2002), 12 y ss.

37 E.O. 13.258, de Modificación de la E.O. 12.866 (*Amending Executive Order 12866 on Regulatory Planning and Review*) (22 de febrero de 2002), en la que se amplió el alcance del análisis regulatorio para incluir no solo las propuestas de las normas sino también de las guías (*guidance documents*) que, sin ser vinculantes, sirven para interpretarlas, y se suprime la confirmación por el Congreso del responsable de la OIRA. Por otra parte, a través de la polémica E.O. 13.422 Modificaciones adicionales a la E.O. 12.866 (*Further Amendment to Executive Order 12866 on Regulatory Planning and Review*) (18 de enero de 2007) se establece la designación de una especie de comisionado de la OIRA en las agencias (*Regulatory Policy Officer*) nombrado por el presidente y con capacidad de veto de las propuestas, y también se exige a las agencias identificar por escrito los fallos de mercado u otros problemas que motivan la regulación.

La presidencia de Barack Obama se inició con la aprobación de una serie de leyes que auguraban un cambio de era<sup>38</sup>, y, en este sentido, anunció que llevaría a cabo una modificación radical en la política regulatoria con la incorporación de cambios sustanciales<sup>39</sup>. Tiempo después, la supuesta reforma quedaría en la E.O. 13.563 sobre Mejora de la Regulación y Supervisión Regulatoria (*Improving Regulation and Regulatory Review*) (18 de enero de 2011) que vino a confirmar y complementar la orden del presidente Clinton y, por tanto, preserva los principios y estructuras fundamentales que configuraban la política de análisis regulatorio sentados en los comienzos del período de la desregulación<sup>40</sup>. Aunque la E.O. 13.563 del presidente Obama trata de introducir algunos aspectos relevantes en el análisis regulatorio —como el análisis restrospectivo o la aproximación flexible—, en verdad no modifican los fundamentos del sistema de análisis regulatorio y de supervisión que ahora se extiende a las agencias independientes y se exporta a otros países mediante la cooperación regulatoria internacional, gracias a la E.O. 13.579 y a la E.O. 13.609 respectivamente<sup>41</sup>.

Entre las primeras decisiones adoptadas por el presidente Donald Trump se encuentra la E.O. 13.771, Reducir la Regulación y Controlar los Costes Regulatorios (*Reducing Regulation and Controlling Regulatory Costs*) (30 de enero de 2017) que, sin derogar la política regulatoria contenida en las órdenes precedentes, añade tres requisitos que suponen una involución en la complejidad y sofisticación que había alcanzado la política regulatoria y que está expresamente dirigida a provocar un desregulación masiva. Así, la E.O. 13.771 introduce, por una parte, la regla de que por cada nueva norma que se apruebe, las agencias tienen que identificar otras dos para su supresión. En segundo lugar, se exige a los

---

38 Entre las leyes más relevantes aprobadas para afrontar los momentos más críticos de la crisis económica se encuentran la Ley de Recuperación Económica y la Reinversión (*American Recovery and Reinvestment Act*) de 17 de febrero de 2009; la Dodd-Frank de Reforma de Wall Street y Protección de los Consumidores (*Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*) del 21 de julio de 2010; o la Ley de Protección de los Pacientes y Asistencia Sanitaria Asequible (*Patient Protection and Affordable Care Act*), del 23 de marzo de 2010.

39 El 30 de enero de 2009, el presidente Obama emitió un memorando para los directores de las agencias sobre análisis regulatorio (*Memorandum directed to the Heads of the Executive Departments and Agencies on regulatory review*), en el que anunciaba una profunda revisión de los principios de la regulación en general y del proceso de análisis regulatorio en particular. El memorando prestaba especial atención al verdadero “papel del análisis coste-beneficio”, y planteaba introducir “de las consideraciones distributivas, la imparcialidad y los intereses de las generaciones futuras”, y, asimismo, proponía considerar “el papel de las Ciencias del Comportamiento en la formulación de las políticas regulatorias”.

40 El carácter limitado y pragmático de la E.O. 13.563 se puede explicar por las circunstancias que rodearon su adopción: en primer lugar, el adverso resultado de las elecciones al Congreso a mitad del primer mandato del presidente Obama (noviembre de 2010) en el que los demócratas perdieron el control de ambas Cámaras y obligó a la administración Obama a mostrar una mayor moderación (de hecho, la E.O. 13563 fue presentada en un artículo de opinión del propio Obama en el *Wall Street Journal*, el 18 de enero de 2011 en un claro guiño al sector privado); en segundo lugar, la pérdida de control de las Cámaras llevó al presidente a utilizar las órdenes ejecutivas para intensificar su control sobre las agencias. Por último, el nombramiento de Cass R. Sunstein al frente de la OIRA. *Vid.* FINE, JEFFREY y ADAM WARBER. Circumventing adversity: executive orders and divided government, *Presidential Studies Quarterly* 42, (2012): 256.

41 Se trata de la E.O. 13.579 Regulación y Agencias Regulatorias Independientes (*Regulation and Independent Regulatory Agencies*) (11 de julio de 2011), de la E.O. 13.609 Promover la Cooperación Regulatoria Internacional (*Promoting International Regulatory Cooperation*) (1.º de mayo de 2012). *Vid.* BOUTROUS, HELEN. Regulatory review in the Obama administration: cost-benefit analysis for everyone, *Administrative Law Review* 62, (2010): 243-261.

responsables de las agencias que el coste adicional de toda nueva norma o de las que sean suprimidas, no debe ser superior a cero, por lo que los costes adicionales derivados de las nuevas normas deben compensarse con los costes asociados a las dos normas a suprimir. En tercer y último lugar, se atribuye al director de la OMB la capacidad para supervisar los costes adicionales de las nuevas normas y de autorizar excepciones a los límites expuestos a través de un límite para producir costes adicionales.

En conclusión, durante más de cuatro décadas ha existido una política de análisis regulatorio, cuya importancia ha ido creyendo a través de las medidas adoptadas tanto por el Congreso como, sobre todo, por los sucesivos presidentes. En particular, han sido los presidentes, independientemente de su adscripción política, los que han impulsado la idea de que las agencias deben atender cuidadosamente al equilibrio entre los costes y beneficios cuando aprueben normas que tenga especial impacto y, en la medida que lo permita la ley, deben demostrar que los beneficios de las normas propuestas justifican los costes y que se ha optado por la alternativa que maximiza los beneficios netos. Por tanto, puede concluirse que la evaluación económica de la regulación ha pasado a convertirse en un elemento estructural de la política regulatoria de Estados Unidos.

## 2. LA LIMITADA CONTRIBUCIÓN DEL CONGRESO A LA POLÍTICA DE EVALUACIÓN ECONÓMICA DE LA REGULACIÓN DE LAS AGENCIAS

Tanto el Congreso como el presidente tienen reconocida constitucionalmente la capacidad necesaria para determinar la forma en que las agencias producen su regulación y, en definitiva, desarrollan sus políticas. En efecto, cuando las agencias adoptan sus normas lo hacen a partir de una base legal concreta establecida por el Congreso, y en su elaboración deben tener en cuenta los requisitos dispuestos tanto por el propio Congreso como, sobre todo, por el presidente. Aunque los requisitos fijados por uno y otro para el análisis de la regulación parezcan similares y, de hecho, puedan identificarse como redundantes, sin embargo, varían en su contenido e intensidad, y, sobre todo, se se diferencian en función de la finalidad con que se imponen dichos requisitos por parte de Congreso y del presidente.

Por lo que respecta al papel que desempeña cada uno de ellos, debe tenerse en cuenta que si bien el Congreso crea las agencias y les delega el poder normativo que estas ejercen, estableciendo, asimismo, un marco jurídico general conforme al que tiene que desarrollarse el procedimiento de elaboración de las normas por parte de aquellas, sin embargo, es el presidente el que en verdad domina dicho procedimiento a través de los requisitos de evaluación económica que determinan la regulación que producen las agencias<sup>42</sup>.

Además de los requisitos relativos a la evaluación de la regulación fijados por el Congreso y el presidente, las agencias también pueden completarlo con sus propias exigencias dentro de su normativa interna. Todos estos requisitos dan como resultado final un extenso y detallado marco normativo que se aplica sobre la regulación ("regulación sobre la regu-

---

42 Aunque todavía continúa el debate sobre el peso que tiene el presidente frente al Congreso y los Tribunales en la regulación de las agencias. *Vid.* el trabajo de O'Connell, Anne. Political cycles of rulemaking: an empirical portrait of the modern administrative state, *Virginia Law Review* 94, (2008): 910-912, en el que expone las distintas posiciones doctrinales al respecto.



lación”), cuya complejidad y exigencias han dado lugar a los que algunos autores han dado en llamar la “osificación” de la regulación<sup>43</sup>.

Como se podrá comprobar, la evaluación económica de la regulación y, dentro de esta, el ACB constituye el núcleo duro de los requisitos que conforman los análisis regulatorios impuestos por el Congreso y el presidente.

De este modo, el marco jurídico de la regulación que determina cómo las agencias elaboran sus normas se encuentra disperso en una serie de disposiciones constitucionales, legislativas y reglamentarias, a lo que se suma la jurisprudencia que la interpreta. Los tres poderes del Estado son responsables de la configuración del sistema de evaluación al que se somete la regulación que llevan a cabo las agencias y, todos ellos han contribuido a hacer de la evaluación económica y, en concreto del ACB, un elemento central de la regulación en Estados Unidos.

Por lo que respecta al Congreso establece los requisitos de análisis regulatorio de las agencias, incluido el ACB, desde dos planos bien diferenciados. Por una parte, el Congreso aprueba leyes específicas que se proyectan sobre sectores o cuestiones concreta, en las que se crean las agencias y en las que les ordena o autoriza a dictar la regulación. Por otra parte, el Congreso aprueba leyes de carácter general que se aplican de forma transversal a todas las agencias, como es el caso de la APA, que disponen de forma horizontal un marco común para los procedimientos que deben seguir las agencias.

En la primera de las dos dimensiones, referida a las leyes de carácter sectorial, el Congreso crea las agencias y les delega una amplia capacidad normativa de naturaleza cuasilegislativa bajo la forma de la regulación para dotar a la intervención pública de una mayor flexibilidad, participación y componente técnico que no pueden darse en la elaboración de las leyes por parte del propio Congreso.

El Congreso evita atribuir a las agencias unos poderes concretos por lo que les reconoce una amplia capacidad reguladora que les permite actuar con gran margen de discrecionalidad y desarrollar sus propias políticas, dentro del marco de los requisitos dispuestos con carácter general para el ejercicio de la función reguladora por parte de las agencias en la Sección 553 APA. La inevitable amplitud con que se delegan estos poderes a las agencias explica el creciente interés en el análisis regulatorio para poder así influir y controlar la regulación de las agencias.

En todo caso, son pocas las leyes especiales de carácter sectoriales en las que se obliga expresamente a las agencias a llevar a cabo análisis regulatorios, como la evaluación de riesgos o el ACB<sup>44</sup>, o en las que, por el contrario, se establece expresamente que no apliquen ningun-

43 Todos los autores coinciden en que la regulación se encuentra sometida a un enorme complejo normativo (hiperregulación de la regulación), aunque disienten sobre su significado y conveniencia. *vid* J. S. LUBBERS (2006), 4-7 y 19. MCGARITY, THOMAS. Some thoughts on “deossifying” the rulemaking process, *Duke Law Journal*, (1992): 1385-1462; STRAUSS, Peter L. The rulemaking continuum, *Duke Law Journal* 41, (1992): 1463-1470; PIERCE, RICHARD. Seven ways of deossify agency rulemaking, *Administrative Law Review* 47, (1995): 59.

44 El Congreso ha exigido expresamente la aplicación del ACB en contadas ocasiones como es el caso de la elaboración de aquellas normas de mayor impacto que afecten al agua potable [42 U.S.C. § 300g-1(b) (3) (1996) (*Safe Drinking Water Act Amendments*)]. También en el caso de la regulación relacionada con el mercado de valores [(§ 15(a), 7 U.S.C. §19(a) (*Commodity Exchange Act*)). En otras normas se exige de forma más genérica

no de estos análisis<sup>45</sup>. En los casos en que se incluyen referencias expresas a la evaluación económica de la regulación se hace de manera vaga e imprecisa, tanto cuando se impone dicha evaluación<sup>46</sup> como cuando se excluye su aplicación<sup>47</sup>. La indeterminación a la hora de establecer estas exigencias de análisis regulatorio genera problemas interpretativos, ya que de las órdenes del presidente se deriva una obligación genérica de aplicar una evaluación económica basada en un ACB que puede entrar en conflicto con el contenido de unas leyes, cuyo sentido no siempre es fácil de determinar.

Por otra parte, el Congreso también incide en la actividad reguladora de las agencias al establecer el marco jurídico general en el que desarrollan dicha actividad, tanto a través de la APA, así como de otras leyes transversales que se aplican de forma horizontal estableciendo

---

que la regulación se encuentre justificada por un equilibrio entre sus beneficios y costes, o que exista alguna relación entre unos y otros, como es el caso de la Ley para la Prevención de Inundaciones (33 U.S.C. 701<sup>4</sup>, *Flood Control Act*); la Ley de Calidad del Aire [42 U.S.C. 7545(c)(2)(B) (1976 ed., Supp.ii) (*Clean Air Act*)]; la Ley de Calidad del Agua [33 U.S.C. 1314(b)(4)(B) (1976 ed., Supp.ii) (*Clean Water Act*)]; la Ley de Espacios Exteriores a la Plataforma Continental [43 U.S.C. 1347(b) (1976 ed., Supp.ii) (*Outer Continental Shelf Lands Act*)]; o la Ley sobre Política Energética y Conservación de 1975 [42 U.S.C. 6295(a)(2)(D) (1976 ed., Supp.ii) (*Energy Policy and Conservation Act*)]. Por lo demás, suele exigirse a las agencias que lleven a cabo algún tipo de valoración o consideración de los costes y los beneficios de sus decisiones regulatorias como es el caso de la Ley de Protección de los Consumidores de 1981 [15 U.S.C. Section 2058(f) (*Consumer Product Safety Act*)]; la Ley de Control de Sustancias Tóxicas [§ 6(c)(1), 15 U.S.C. § 2605(c)(1) (2006) (*Toxic Substances Control Act*)]; la Ley Federal sobre insecticidas, fungicidas y raticidas [§ 2(bb), 7 U.S.C. § 136(bb) (2006) (*Federal Insecticide, Fungicide and Rodenticide Act*)]; o más recientemente, la Ley Dodd-Frank de Reforma de los mercados financieros de 2010 [§ 1022(b)(2)(A), 12 U.S.C. § 5512) (*Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*)].

45 Por ejemplo, la Ley federal de alimentos, medicamentos y cosméticos de 1938 [21 U.S.C. § 348 (*Food drug and cosmetic act*)] prohíbe la aplicación de cualquier evaluación económica con respecto a la fijación de las medidas de seguridad de aditivos alimentarios, cuya ingesta pueda causar cáncer. También la Ley de Protección de la Calidad Alimentaria de 1996 [§ 405, 21 U.S.C. § 346a (b) (2) (A) (2006) (*Food Quality Protection Act*)], en la que se excluye expresamente la aplicación del ACB en la determinación de los niveles de tolerancia a los pesticidas.

46 Por ejemplo, cuando la Ley de Inversiones Empresariales de 1940 [*Investment Company Act*, 15 U.S.C. § 80a-1 et seq.)] dispone que la SEC, en su regulación, debe tener en cuenta “si una iniciativa es compatible con el interés público [...] para lo que debe determinar si ésta promueve la eficiencia, la competencia y la creación de capital”, el *DC Court* ha considerado que se trata de una exigencia de una evaluación económica de la regulación por parte de la SEC (*vid. Business Roundtable v. SEC*, 647 F.3d 1144, D.C. Cir. 2011). Otro ejemplo puede encontrarse en la Ley de Calidad del Agua [*Clean Water Act*, Section 316(b)] que exige a las plantas productoras de energía que utilicen “la mejor tecnología disponible para minimizar el impacto en el medio ambiente”, en cuya concreción se permite a la EPA aplicar el ACB, tal y como se decidió por el Tribunal Supremo en el asunto *Entergy Corp. v. Riverkeeper, Inc.* 129 S. Ct. 1498 (U.S. 2009).

47 Frente a lo dispuesto en la nota anterior, la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo [*Occupational Safety and Health Act*, Section 6(b)(5)] exige al Secretario de Estado de Trabajo, a la hora de dictar los estándares de seguridad frente a sustancias tóxicas para la salud de los trabajadores, debe establecerlos de modo “que asegure de la mejor manera, hasta donde sea posible, sobre la base de la mejor evidencia científica, que ningún trabajador sufrirá deterioro alguno en su salud”, lo que se interpretó el Supremo en *American Textile Manufacturers Institute, Inc. v. Donovan (ATMI)*, 452 U.S. 490 (1981) como una exclusión de la posibilidad de aplicar ACB en su determinación. Otro ejemplo se contiene en la Ley de Calidad del Aire [*Clean Air Act*, Section 109(b)(1)] que exige a la EPA “proteger la salud pública [...] con una adecuado margen de seguridad”, lo que fue interpretado por el Tribunal Supremo en *Whitman v. American Trucking Associations, Inc.*, 531 U.S. 457 (2001) excluyendo la posibilidad de que la EPA pudiese tener en cuenta los costes de implementación en la determinación de las medidas de protección de la calidad del aire.

un modelo común de procedimiento de elaboración de sus disposiciones normativas. Los requisitos relativos a la evaluación de la regulación que se incorporan en estas leyes de carácter general no es menor en absoluto, ya que incluso pueden dar lugar a que se aplique el análisis regulatorio en los casos en los que la ley sectorial prohíbe o excluye su aplicación<sup>48</sup>.

a) La Ley de Procedimiento Administrativo (*Administrative Procedure Act*, APA)<sup>49</sup> establece desde 1946 los fundamentos generales sobre los que las agencias desarrollan su actividad, incluida su actividad de regulación. Sin embargo, ninguno de los procedimientos de elaboración de la regulación previstos en la APA (procedimiento informal, formal, negociado) incluye requisito alguno relacionado con la evaluación de impacto regulatoria o la supervisión. La APA establece un esquema mínimo del procedimiento de elaboración de la regulación de las agencias debe completarse con otras leyes en las que sí se exige la evaluación de su impacto a través del análisis de su trascendencia para el medio ambiente, los trámites administrativos, la familia, o la protección de datos, y, por supuesto, para la economía como se podrá comprobar a continuación<sup>50</sup>.

En este sentido, la Ley de Flexibilidad Regulatoria (*Regulatory Flexibility Act*)<sup>51</sup> exige desde 1980 a todas las agencias (incluidas la independiente) lo que denomina un análisis de flexibilidad regulatoria (*regulatory flexibility analysis*, RFA) para las normas que presenten un “impacto económico significativo en un número importante de pequeñas empresas y organizaciones” con la finalidad suprimir las cargas administrativas innecesarias. El RFA no es un ACB, e incluso podría dudarse si se trata de una verdadera evaluación económica de su impacto, ya que lo que se exige a las agencias es, esencialmente, que estimen el nú-

48 Lo dispuesto en la Sección 109(b)(1) de la Ley de Calidad del Aire (*Clean Air Act*) se exige que la EPA regule para “proteger la salud pública [...] con un adecuado margen de seguridad”, dio lugar a que el Tribunal Supremo afirmase en *American Trucking* (2001), que la falta de claridad en la Ley con respecto a la protección de la salud no puede ser aprovechada para aplicar la evaluación económica, por lo que la EPA no podía tener en cuenta los costes de implementación a la hora de determinar los estándares nacionales de calidad del aire. Por el contrario, cuando la EPA procedió a la aplicación de esta misma Sección 109(b)(1) para fijar los estándares de calidad del aire limitando las emisiones de ozono y partículas calidad del aire adoptados en 1997 y los que limitaban la emisión de mercurio, gases ácidos y otros gases tóxicos por las instalaciones de producción eléctrica adoptados en 2001, en su elaboración la EPA tuvo que aplicar en ambos casos un CBA en la medida que se exigía en una Ley de carácter horizontal (*Unfunded Mandate Act*) *vid.* COLE, DANIEL. Law, politics, and cost-benefit analysis, *Alabama Law Review* 64, (2012): 61 y 65.

49 5 U.S.C. Chapter 5 §§500-596.

50 Así pueden identificarse determinadas leyes que exigen distintos tipos de evaluaciones que se aplican con carácter general a la regulación de las agencias como es el caso de la evaluación del impacto ambiental (*National Environmental Policy Act*, 42 U.S.C. 4321-4347), del análisis relativo a los requisitos de suministro de información (*Paperwork Reduction Act*, 44 U.S.C. 3501-3520); la evaluación de impacto sobre el ámbito familiar (*Omnibus Appropriations Act* FY 99, Pub. L. n.º 105-277 (1998); §654); o la evaluación de impacto sobre la privacidad (*FY 2005 Omnibus Appropriations Act*, Pub. L. n.º 108-447, division H, § 522, y también *E-Government Act*, Pub. L. n.º 107-347, 2002). Sobre el control del Congreso sobre la regulación de las agencias a través de la leyes que se analizan a continuación *vid.* SHAPIRO, STUART y DEANNA MORAN. The checkered history of regulatory reform since the APA, *NYU Journal of Legislation and Public Policy* 19, n.º 1 (2016): 141-182.

51 5 U.S.C. Chapter 6, §§601-612, que fue modificada por la *Small Business Regulatory Enforcement Fairness Act* of 1996, y completada por la E.O. 13.272, sobre consideración de la pequeñas empresas y organizaciones en la regulación de las agencias (*Proper Consideration of Small Entities in Agency Rulemaking*) (13 de agosto de 2002).

mero de pequeñas empresas y organizaciones potencialmente afectadas por la regulación propuesta, que expliquen cómo se minimizan las cargas significativas y justifiquen la alternativa escogida.

En todo caso el RFA tiene una relevancia muy limitada en la configuración de la regulación de las agencias, ya que, en primer lugar, tienen reconocida una amplia capacidad para determinar si debe aplicarse el RFA en tanto son ellas las que deciden si las normas tienen impacto o no en las pequeñas empresas y organizaciones<sup>52</sup>; en segundo lugar, no se prevé un sistema centralizado de revisión de la aplicación del RFA<sup>53</sup>; y, por último, los tribunales han respaldado a las agencias cuando estas deciden no aplicar el RFA<sup>54</sup>.

b) El incremento de la intervención pública durante la *Environmental Era* provocó la proliferación de normativa federal que obligaba a los Estados, entes locales y al sector privado a financiar o cubrir gastos (programas educativos, de servicios sociales o medioambientales). Con la finalidad de controlar y limitar la imposición de estas obligaciones tanto a los sujetos públicos como privados se aprobó de la Ley de Reforma de la Normativa sin Financiación (*Unfunded Mandates Reform Act*, UMRA) en 1995<sup>55</sup>.

La UMRA introdujo un sistema de control de la normativa que implicase una obligación con costes para los demás niveles territoriales, así como para los sujetos del sector privado, que obliga a la elaboración de un ACB sobre los efectos a nivel estatal, local y en el ámbito privado, tanto de las leyes<sup>56</sup> como de la regulación de las agencias federales. En el caso de esta última la UMRA exige que, en función del ACB, se opte por la alternativa más eficiente o que suponga una menor carga y que permita alcanzar el objetivo propuesto.

La UMRA ha tenido un impacto limitado en el procedimiento de elaboración de la regulación por parte de las agencias<sup>57</sup>: primero, por las excepciones y exclusiones que dejan

---

52 La Oficina Federal de Control de Cuentas (*Government Accountability Office*, GAO) ha informado de manera reiterada sobre cómo la aplicación del RFA varía ampliamente de una agencia a otra y, asimismo, ha advertido acerca de su escaso cumplimiento como consecuencia de las diferencias en la interpretación por parte de las agencias (por ejemplo, durante la década de los noventa la EPA consideró que el 90% de su regulación no tenía impacto en las pequeñas empresas y entidades) *vid.* COPELAND (2011), 13.

53 Las agencias remiten su análisis al Director la Oficina de Defensa de las Pequeñas Empresas (*Office of Advocacy within the U.S. Small Business Administration*) y es necesario ofrecer las explicaciones apropiadas a todos los comentarios que se formulen a la propuesta de la norma (E.O. 13.272), pero no existe una verdadera capacidad para bloquear o modificar la iniciativa.

54 En el asunto *Mid-Tex Electric Cooperative, Inc. v. FERC*, 773 F.2d 327, 343 (D.C. Cir. 1985) el Tribunal respaldó la decisión de una agencia de no aplicar el RFA cuando el impacto de la normativa sobre las empresas fuese indirecto, lo que supone dejar fuera una buena parte de la regulación.

55 Existen algunos precedentes en esta oposición a las imposición de obligaciones sin prever la correspondiente financiación en la Ley de Presupuesto y Contención de 1974 (*Congressional Budget and Impoundment Control Act*) y la Ley de Estimación de Costes Estatales y Locales de 1981 (*State and Local Cost Estimate Act*). Sobre el origen de esa normativa *vid.* DILGER, ROBERT y RICHARD S. BETH. *Unfunded mandates reform act: history, impact and issued*, Congressional Research Service, 7-5700, R40957 (2012), 2.

56 El título I de la UMRA (*Legislative Accountability and Reform*) establece que para cada proyecto de ley debe analizarse su impacto sobre los Estados, entidades locales y demás entidades antes de someterlo a votación, para que el legislador tenga presente las cargas que implica antes de aprobarlo. Los comités del Congreso deben facilitar un ACB a la Oficina Presupuestaria del Congreso entre otra mucha información (secciones 101 a 109). *Vid.* DILGER y BETH. (2012), 13-25.

57 La UMRA ha tenido una eficacia muy limitada por lo que respecta a la exigencia del ACB en el procedimiento regulatorio. Desde 1995 solamente se han aplicado las exigencias de la UMRA a 200 de las 756 normas consi-

fuera de su alcance a gran parte de la regulación de las agencias; en segundo lugar, los requisitos de la UMRA ya se cumplían a través del análisis de evaluación regulatoria exigida por la E.O. 12.866; por último, la UMRA dispone un sistema de información y no tiene carácter vinculante, lo que impide el control judicial del cumplimiento o no de sus requisitos.

c) El instrumento de intervención del Congreso en la regulación de las agencias más relevante se incorporó con la aprobación en 1996 de la llamada Ley de Revisión por el Congreso (Congressional Review Act, en verdad se trata de la Small Business Regulatory Enforcement Fairness Act<sup>58</sup>) y le permite supervisar la actividad regulatoria de las agencias y, en última instancia, impedir a que entren en vigor aquellas normas que consideren que se desvían de la voluntad del Congreso contenida en la ley que ejecutan, sin que puedan volver a proponer una norma igual a menos que se le autorice el propio Congreso.

El mecanismo es tan sencillo como eficaz, ya que obliga a las agencias a remitir las normas ya adoptadas —no se aplica a la normas en tramitación—, antes de que entren en vigor, tanto al Congreso y a Oficina Federal de Control de Cuentas (*Government Accountability Office*, GAO) junto con toda la información relevante relativa a su tramitación. Por lo general, el Congreso cuenta con treinta días para actuar con respecto a la norma remitida por la agencia, ya que es el plazo común previsto para su entrada en vigor previsto en la APA, pero en el caso de las normas de mayor impacto<sup>59</sup>, dicho plazo se extiende hasta los sesenta días desde que se recibe la documentación remitida, lo que amplía el período de tiempo para su revisión<sup>60</sup>. El GAO debe remitir dentro del plazo de quince días un informe que no tiene carácter vinculante.

El Congreso puede bloquear la adopción de una determinada norma si la Cámara de Representantes y el Senado aprueban una resolución conjunta de rechazo y el presidente la firma, o si ambas Cámaras consiguen la mayoría reforzada suficiente para evitar el veto del presidente. En dicho caso la norma rechazada no puede entrar en vigor y la agencia

---

deradas significativas o de mayor impacto y sometidos a la revisión del OMB de acuerdo con lo dispuesto en la E.O. 12.866 y 13.563. *vid.* Dilger y Beth. (2012), 29.

58 *Small Business Regulatory Enforcement Fairness Act* (Pub. L. n.º 104-121 (1996), Subtitles A-D) (5 U.S.C. Chapter 8, §§801-808). Un completo análisis de esta ley se encuentra en CAREY, MAEVE y ALISSA M. DOLAN. *The congressional review act: frequently asked questions*, Congressional Research Service, 7-5700, R43992 (2016).

59 Las normas de mayor impacto (*major rules*) son aquellas que tienen o pueden tener como resultado: (1) un efecto anula en la economía de cien millones de dólares o más; (2) un incremento importante en los costes o en los precios para los consumidores, empresas, o para los Estados, entidades locales o para zonas geográficas determinadas; o (3) efectos negativos significativos sobre la competencia, el empleo, las inversiones, la productividad, o la innovación, o en la capacidad de las empresas con sede en Estados Unidos de competir a nivel internacional con otras empresas ubicadas en el extranjero en mercados nacionales o en la exportación [5 U.S.C. § 804(2)]. El concepto de norma de mayor impacto (*major rule*) no es igual al de norma con impacto económico significativo conforme a lo previsto a la E.O. 12.866, aunque puede coincidir. Es la OIRA quien determina si la norma tiene o no dicho alcance.

60 Existen determinadas disposiciones que permiten que las normas de mayor impacto entren en vigor si así lo decide el propio Congreso, por lo que este mecanismo puede servir para que entren en vigor antes de los treinta días que es el plazo común. También pueden entrar en vigor cuando se dan determinadas circunstancias (cuando la publicidad y las alegaciones previstas en el apartado 553 APA no pueden aplicarse, son innecesarias, o contrarias al interés público) o por resolución del presidente (cuando exista una amenaza inminente a la salud o a la seguridad u otra situación de emergencia, aplicación de normativa penal o de seguridad nacional).

tampoco puede volver a elaborar otra con el mismo contenido sustancial sin aprobación expresa del Congreso<sup>61</sup>.

Como puede comprobarse se trata de un mecanismo que permite al Congreso ejercer un verdadero control sobre la regulación de las agencias, aunque su eficacia real ha sido muy limitada, ya que la capacidad de bloqueo por parte del Congreso apenas ha sido utilizada hasta ahora<sup>62</sup>. A esto se suma que la propia CRA dispone expresamente que la aplicación de su contenido no puede ser sometido al control por parte de los Tribunales<sup>63</sup>.

d) Desde hace años se lleva planteando ante el Congreso la intensificación de la capacidad de control del Congreso sobre la regulación de las agencias a través de diversas iniciativas entre la que destaca la denominada Ley de las Riendas (*Regulations from the Executive in Need of Scrutiny*, *REINS Act*), que tras numerosos intentos, resultó aprobada en enero de 2017 por la Cámara de Representantes como parte de la reforma regulatoria impulsada por el partido republicano que cuenta con mayoría en el Senado de mayoría republicana y con el presidente de Trump que se ha mostrado favorable a todas las medidas que supongan suprimir la regulación de las agencias, tal y como se puede apreciar en la E.O. 13.563, a la que se hará referencia más adelante.

La *REINS Act* pretende llevar a cabo una modificación de la CRA que mantendría el actual sistema de supervisión y control por parte del Congreso sobre las actividades de las agencias, pero que implica un bloqueo por defecto de la entrada en vigor de las normas de mayor impacto, que no podrían entrar en vigor mientras no se produzca el voto favorable en ambas cámaras que, de no conseguirse en un plazo de setenta días produciría la anulación automática de la norma adoptada. Por tanto, se trata de invertir el sistema actual, en el que el Congreso debe reaccionar para impedir la entrada en vigor de las normas adoptadas por las agencias a través del voto favorable en las dos cámaras y la firma del presidente, mientras que ahora el Congreso debe manifestarse de forma favorable para permitir que las normas de mayor impacto entren en vigor.

Esta iniciativa ha sido fuertemente criticada<sup>64</sup> en tanto supone una revolución en el esquema constitucional en que actualmente se desarrollan las políticas públicas en Estados Unidos, ya que supondría situar al Congreso en elemento central para decidir sobre su concreción. Se trata de una propuesta que pone de manifiesto todas las paradojas del sistema político-constitucional de Estados Unidos, ya que, lejos de considerarse como un avance en la democratización de las decisiones políticas que, en última instancia, adoptan las agencias, se considera que podría distorsionar el componente técnico y neutral que estas aportan en

---

61 Sobre las condiciones en que se puede volver (o no) a adoptar una regulación que ha sido rechazada a través del CRA, *vid.* FINKEL, ADAM y JASON W. SULLIVAN. A cost-benefit interpretation of the “substantially similar” hurdle in the congressional review act: can OSHA ever utter the e-word (ergonomics) again?, *Administrative Law Review* 63, (2011): 707.

62 Se calcula que desde 1996 hasta 2012 se remitieron al Congreso sobre más de 61.000 normas de las cuales 1100 fueron consideradas de mayor impacto. De estas solamente aproximadamente ochenta han sido rechazadas por el voto conjunto de las cámaras del Congreso y solamente una ha sido finalmente revocada con la firma del presidente —ninguna de las rechazadas ha superado la mayoría suficiente—. *Vid.* ROSENBERG, MORTON. The critical need for effective congressional review of agency rules: background and considerations for incremental reform, *Administrative Conference of the United States* (2012): 3.

63 La sección 805 de la CRA establece que “[n]o determination, finding, action, or omission under this chapter shall be subject to judicial review”.

64 *Vid.* SUSAN ROSE-ACKERMAN. A regulatory revolution is underway, *The Hill* (2017).

la elaboración de la regulación, por lo que los defensores de los intereses públicos son los primeros que se oponen a esta medida lo pone en evidencia las limitaciones del Congreso.

Por otra parte, la *REINS Act* añade otras medidas adicionales para de la supuesta contención de la regulación, aunque en verdad no son más que medida anterregulación<sup>65</sup>. La primera de las medidas que podría denominarse “coste cero” consiste en que por cada nueva norma adoptada por las agencias, estas tienen que identificar aquella norma o normas que serán modificadas o derogadas para que no se produzca ningún coste adicional añadido. La otra medida consiste en una revisión retrospectiva por el Congreso de toda la regulación existente ya que se dispone una obligación que consiste en que después de seis meses desde su entra en vigor y durante los nueve años siguientes, las agencia deberán identificar, cada año, al menos un 10% de normas adoptadas por dicha agencia para someterlas a revisión del Congreso a través del procedimiento previsto en la CRA.

e) Dentro de la reforma regulatoria que impulsa el presidente Trump a través de su E.O. 13.771, además de la *REINS Act* existe otra propuesta que, de entrar en vigor podría tener una enorme trascendencia para la regulación de las agencias. Se trata de una propuesta de Ley de Rendición de Cuentas Regulatoria (*Regulatory Accountability Act*) que superó la votación favorable en la Cámara de Representantes en enero de 2017 y con la que se pretende modificar la esencia del procedimiento informal de elaboración de la normas por parte de las agencias que había aplicado de forma pacífica y sin modificaciones desde que se incluyese en la sección 553 de la APA en 1946. La finalidad es sustituir los trámites de información pública y alegaciones (*notice and comments*) por un mayor peso de informes, estudios y otros fundamentos fácticos en la elaboración de las normas, con una generalización del ACB a todos los supuestos incluso aunque las normas no estén dirigidas a intervenir sobre aspectos económicos (fallos de mercado). El desarrollo del procedimiento se llevaría a cabo de manera similar al procedimiento formal (*formal rulemaking*) con audiencias muy rígidas basadas en el expediente, sustituyendo así al debate político que las agencias entablaban con las empresas y ciudadanos en general. Asimismo, se prevé que la comunicación con los particulares se lleve a cabo de manera “imparcial”, lo que supone poner en pie de igualdad a empresas y a la sociedad civil que no cuentan con la misma capacidad ni medios para poder actuar de forma para defender sus respectivas posturas en el proceso.

La *Regulatory Accountability Act* también introduce cambios importantes en cuanto al alcance del control judicial de la regulación por parte de los tribunales, ya que se afecta gravemente al ámbito de discrecionalidad que tenían reconocidas las agencias, primero, en tanto se exige a los tribunales que se pronuncien *de novo* sobre todas las cuestiones jurídicas; segundo, se excluye que puedan interpretar el silencio o la ambigüedad del legislador como una delegación implícita a las agencias, y, tercero, se acaba con la doctrina de la deferencia a favor de las agencias asentada por el Tribunal Supremo a partir de su sentencia *Chevron* (1984) en los supuestos en que existiese una interpretación razonable por parte de aquellas en cuestiones sobre las que la ley no se pronuncia.

Más allá de estas últimas medidas que, por ahora, no son más que propuestas, la incidencia del Congreso sobre la actividad reguladora de las agencias ha sido mínima hasta ahora a pesar

---

65 Estas medidas se contienen respectivamente en el § 808. *Regulatory cut-go requirement* y el § 809. *Review of rules currently in effect*.

de que existen medios específicos para la evaluación y supervisión de su regulación. Tampoco el Congreso ha hecho uso de su poder esencial que le permite crear las agencias y determinar el alcance y las condiciones del poder normativo que se les delega. En este sentido, y al margen de otros mecanismos de control<sup>66</sup>, se podría plantear si el Congreso podría ejercer este poder para suprimir una agencia o revocar una regulación adoptada por aquélla. A este respecto el Tribunal Supremo tuvo ocasión de pronunciarse en el asunto *Immigration and Naturalization Service v. Chadha* (1983)<sup>67</sup>, excluyendo el veto por una sola de las Cámaras a la regulación de las agencias que fue declarado inconstitucional y en la que se afirma el principio general de que el Congreso debe hacer política solamente a través del procedimiento legislativo, sometido a las salvaguardas propias del bicameralismo y la obligación de remitir la ley al presidente de modo que pueda ejercer su capacidad de veto. Por tanto, para revocar la norma adoptada por una agencia haría falta la mayoría en ambas Cámaras y la firma del presidente, cuyo veto puede evitarse a través de unas mayorías especialmente reforzadas en ambas cámaras.

Sin embargo, el Congreso no ha utilizado nunca su capacidad legislativa con este fin para someter a las agencias, primero, porque para ello cuenta con el procedimiento específico de revisión y revocación previsto en la CRA —que solamente se ha utilizado una vez—, a lo que se suma el hecho de que las propias agencias traten de adaptarse a las exigencias del Congreso para evitar la revocación de su regulación por parte del aquel<sup>68</sup> y, por su parte, el propio Congreso también evita contradecir los informes, evaluaciones y análisis que incorpora alegaciones de la ciudadanía y, sobre todo, los ACB<sup>69</sup>.

### 3. LA IMPOSICIÓN DE LA POLÍTICA DE EVALUACIÓN ECONÓMICA DE LA REGULACIÓN DE LAS AGENCIAS POR EL PRESIDENTE

#### 3.1. EL DOMINIO DEL PRESIDENTE SOBRE LA ACTIVIDAD DE LAS AGENCIAS: LAS ÓRDENES EJECUTIVAS Y SUS LÍMITES

El Presidente de Estados Unidos ha sido, sin lugar a dudas, el principal responsable en el impulso de la evaluación económica de la regulación gracias a un progresivo aumento de su intervención sobre la actividad de las agencias que se ha mantenido durante décadas y que

66 Más allá del Poder Legislativo, el Congreso cuenta con numerosos mecanismos para supervisar y controlar a las agencias que se derivan de la propia Constitución, como es el caso de la confirmación de los nombramientos presidenciales, la conformación del presupuesto elaborado por el presidente, la creación de comisiones de investigación, o la emisión de informes. Sobre esta cuestión *vid.* el completo informe elaborado por DOLAN, ALISSA, ELAINE HALCHIN, TODD GARVEY, WALTER J. OLESZEK y WENDY GINSBERG. *Congressional oversight manual, Congressional Research Service*, 7-5700, RL30240 (2016).

67 462 U.S. 919. El Tribunal Supremo completó la doctrina fijada en *Chadha* en el asunto *Bowsher v. Synar*, 478 U.S. 714 (1986), en la que declara inconstitucional la delegación de poderes de regulación fuera del Poder Ejecutivo, al haberse creado una suerte de “agencia del Congreso” en la Intervención General de Estados Unidos (*Comptroller General*).

68 Se trata de un equilibrio estructural inducido *vid.* CUÉLLAR (2005), 419, quien señala que las agencias tratan de adaptarse a la voluntad del Congreso dada su capacidad legislativa y la posibilidad de revisar su regulación a través de mecanismos específicos.

69 *Vid.* COLE (2012), 55-89.



ha dado como resultado el amplio dominio sobre aquellas que caracteriza al denominado Estado administrativo (*administrative state*).

El poder del presidente se fundamenta básicamente en previsiones constitucionales<sup>70</sup>, así como en la delegación del poder por parte de las agencias a través de Leyes. El alcance del poder presidencial sobre las agencias ha sido objeto de debate en tanto, algunos autores proponen una concepción unitaria del Ejecutivo que permite al presidente el control absoluto sobre el poder de ejecución de las leyes, así como sobre el desarrollo de las políticas por parte de todas las agencias ejecutivas en tanto que ejerce la jefatura del Poder Ejecutivo<sup>71</sup>.

Más allá del debate en torno al principio unitario en la configuración del Ejecutivo, es obvio que el presidente ejerce un amplio poder sobre las agencias ejecutivas, a través del nombramiento que tiene que ser confirmado por el Congreso, y, sobre todo, del cese del director y demás responsables, lo que asegura el cumplimiento con la directrices políticas fijadas desde la presidencia. El presidente también incide en la actuación de las agencias a través de la determinación de sus presupuestos en un proyecto que tiene que ser confirmado por el Congreso. Por lo demás, el presidente incide en la actuación ordinaria de las agencias sin la intervención del Congreso.

Todo esto conduce a una “administración presidencializada”, con un gran poder de control centralizado en el presidente sobre las distintas actuaciones de las agencias y, en particular, en su capacidad de regulación<sup>72</sup>. A partir de la década de los ochenta del pasado siglo se multiplicó el control del presidente sobre las agencias gracias a la E.O. 12.991 que inaugura un sistema de evaluación de la regulación de las agencias y de revisión centralizada desde la presidencia<sup>73</sup>. El modelo de control presidencial de las agencias recibió un importante respaldo por parte del Tribunal Supremo a través del sentencia *Chevron* (1984)<sup>74</sup> que

70 En concreto de la Constitución se deriva la cláusula de atribución del Poder Ejecutivo [*Vestiture Clause* (art. II, § 1, cl. 1)]; la cláusula de responsabilidad sobre la ejecución de las leyes [*Take Care Clause* (art. II, § 3)]; y la cláusula de la jefatura de las Fuerzas Armadas [*Commander in Chief Clause* (art. II, § 2, cl. 1)]. Existen otros fundamentos del poder del presidente como son las prerrogativas propias del ejecutivo o el precedente en sus actuaciones *vid.* MAYER (2002), 54 y ss.

71 Entre los que apoyan una interpretación unitaria del Ejecutivo *vid.* KAGAN, ELENA. Presidential Administration, *Harvard Law Review* 114, (2001): 2231-2237; quien defiende la autoridad del presidente sobre las agencias en términos democráticos en tanto el presidente es elegido por toda la nación y representa mejor, por tanto, las preferencias de los ciudadanos; también en sentido favorable *vid.* el amplio trabajo de CALABRESI, STEVEN G. y CHRISTOPHER S. YOO. *The unitary executive: presidential power from Washington to Bush* (New Haven: Yale University Press, 2008), 3-38. En sentido contrario, *vid.* LAWRENCE LESSIG y CASS R. SUNSTEIN. The president and the administration, *Columbia Law Review* 94, (1994): 1-223, quienes consideran que el principio unitario es un mito extraído de la supuesta voluntad de los padres de la Constitución y critican que su aplicación genera un solapamiento entre el Poder Legislativo y el Ejecutivo; también en sentido crítico STRAUSS, PETER. Presidential rulemaking, 72 *Chicago-Kent Law Review* 72, (1997): 965-986.

72 *Vid.* KAGAN (2001), 2345 y ss.

73 LESSIG Y SUNSTEIN (1994), 6 califican este sistema de evaluación y control de la regulación como una “pequeña revolución” dentro de las teorías sobre el poder del presidente sobre la administración.

74 *Chevron U.S.A. Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.*, 467 U.S. 837, 865-866 (1984): “Una agencia en la que el Congreso ha delegado la responsabilidad de desarrollar las políticas públicas puede, dentro de los límites de la delegación, basarse en la directrices prudentes del Presidente en funciones para adoptar sus decisiones. Si bien las agencias no rinden cuentas ante la ciudadanía, el Presidente sí lo hace, y es completamente apropiado para este Poder del Estado adoptar decisiones políticas cuando el Congreso involuntariamente no se ha pronunciado al respecto, o cuando intencionadamente deja que sea la agencia la que se encargue de

incrementa la deferencia del Poder Judicial con respecto a la actividad desarrollada por las agencias dentro del Ejecutivo, aunque el propio Tribunal ha matizado el alcance de dicha deferencia en numerosas ocasiones, entre otras, en *State Farm* (1983)<sup>75</sup>.

El control del presidente sobre la actividad reguladora de las agencias se ejerce, esencialmente, a través de sus órdenes ejecutivas que consisten en directrices vinculantes que dicta el presidente, en cuanto cabeza del Ejecutivo, a las agencias federales. De este modo, las órdenes son un poderoso instrumento que los presidentes heredan cuando asumen el cargo y que les sirven para dirigir a las agencias federales en su actividad de ejecución de las leyes o de las políticas aprobadas por el Congreso, y, en algunas ocasiones, han sido utilizados en sentido opuesto a la voluntad del Congreso<sup>76</sup>. Las órdenes ejecutivas permiten al presidente ejercer como una especie de “legislador desde el Ejecutivo”, ya que le permite desarrollar sus políticas, por lo que, desde hace más de un siglo, han sido consideradas por el Tribunal Supremo como un instrumento equivalente a las leyes<sup>77</sup>.

A lo largo de los últimos cuarenta años, todos los presidentes han contribuido, a través de sus órdenes ejecutivas, a crear un sistema de evaluación y supervisión de la regulación de las agencias. Este control presidencial sobre las agencias a través del análisis del impacto de su regulación impuesto a través de las correspondientes órdenes fue objeto de fuertes críticas durante la década de los ochenta del siglo pasado en la medida que se identificó como una estrategia para desarrollar el programa de desregulación impulsado por el presidente Reagan<sup>78</sup>. Sin embargo, en la medida que los sucesivos presidentes fueron confirmando los mismos principios y que los Tribunales fueron confirmando la legalidad del control

ejecutar la Ley ajustándola a las exigencias de cada momento”. Los estudios sobre la doctrina *Chevron* son incontables, *vid.* el reciente trabajo de HERTZ, MICHAEL. *Chevron is dead; long live Chevron*, *Columbia Law Review* 115, (2015): 1867-1910 en el que se recoge parte de los estudios anteriores y se analiza cómo *Chevron* ha servido para un reparto equilibrado entre los poderes del Estado protegiendo la capacidad de actuación de las agencias cuando el Congreso deja que sea el Ejecutivo el que adopte las decisiones.

75 En *Motor Vehicle State Farm Manufacturers Association v. State Farm Mutual Automobile Insurance Corp.*, 463 U.S. 29, 41 (1983), el Tribunal Supremo rechaza aplicar la diferencia en el caso de la revocación de una regulación por parte del Ejecutivo de Reagan y solicita una motivación más razonada para la adopción de dicha decisión.

76 Sobre las órdenes ejecutivas como instrumento de intervención política desde la presidencia *vid.* MAYER (2002) y, asimismo, HOWELL, WILLIAM. *Power without persuasion: the politics of direct presidential action* (New Jersey: Princeton University Press, 2003), 153, que pone de manifiesto cómo los presidentes abandonan el poder de veto de las leyes y optan por desarrollar su intervención política a través de las órdenes ejecutivas.

77 SEE MAYER (2002), 35-59 en las que se recogen los principales asuntos en los que el supremo se ha pronunciado sobre la naturaleza y el alcance de las órdenes ejecutivas.

78 Desde el Departamento de Justicia se elaboró un memorándum en 1981 (*Memorandum from Larry L. Simms, Assistant Attorney General for the Office of Legal Counsel, to Honorable David Stockman, Director, Office of Management and Budget, February. 12, 1981*), que trataba de justificar la intervención del presidente sobre la actividad de regulación de las agencias en los poderes que constitucionalmente tiene atribuido, así como en el hecho que “no se trata de desplazar, sino de guiar y limitar, el ámbito de discrecionalidad atribuido por el Congreso”. Sin embargo, los trabajos académicos cuestionando la legalidad de esta medida y criticando su finalidad desreguladora fueron muy numerosos, *cfr.* entre otros MORRISON, ALAN. *OMB interference with agency rulemaking: the wrong way to write a regulation*, *Harvard Law Review* 99, (1986): 1059-1074; STRAUSS, PETER y CASS R. SUNSTEIN. *The role of the president and OMB in informal rulemaking*, *Administrative Law Review* 38, (1986): 1-123; ROSENBERG, MORTON. *Beyond the limits of executive power: presidential control of agency rulemaking under executive order 12291*, *Michigan Law Review* 181, (1987): 193-247; y también MCGARTY (1987), 443, 454-462.

presidencial, el debate fue perdiendo importancia<sup>79</sup> y gran parte de los que criticaban su finalidad desreguladora fueron obviando dicha circunstancia.

En todo caso, las órdenes ejecutivas que disponen el análisis y supervisión de la regulación siguen siendo controvertidas en tanto parten de una concepción unitaria del poder presidencial sin fundamentarse en disposición constitucional o legal alguna<sup>80</sup>. Asimismo, resulta contradictorio que si bien las órdenes ejecutivas se configuran como normas internas que solamente afectan al funcionamiento del Poder Ejecutivo, sin embargo, gran parte de ellas tienen un efecto directo o indirecto en los ciudadanos, como ocurre con las relativas al análisis regulatorio. En todo caso, y a pesar de las limitaciones y contradicciones legales que presentan a las ordenes ejecutivas, los Tribunales han reconocido indirectamente la capacidad del presidente para dirigir la regulación desarrollada por las agencias ejecutivas y someterla al control de órganos especializados dentro de la oficina del presidente (*Executive Office*)<sup>81</sup>.

El análisis y supervisión de la regulación de las agencias dispuesto a través de las órdenes ejecutivas constituye un instrumento esencial en el control de las agencias por parte del presidente<sup>82</sup>. Evidentemente existen límites a este control presidencial sobre las agencias, tal y como se puede comprobar a continuación.

En primer lugar, el presidente debe respetar lo dispuesto por el Congreso en la ley específica que contiene la delegación de poderes a la agencia, así como cualquier otra ley que afecte a la actividad de las agencias. El presidente no puede, a través sus órdenes, modificar las normas sustantivas con las que el Congreso delega su poder a las agencias y tampoco puede imponerles actuaciones que vayan en contra de aquellas<sup>83</sup>. Por tanto, el presidente incide en los ámbitos que deja el Congreso a la actuación discrecional de las agencias, de modo que las agencias deben respetar el contenido de las órdenes “en la medida que lo permita la Ley, siempre que resulte aplicable”, tal y como se indica en la cláusula que figura en todas ellas.

Un segundo límite al poder del presidente se deriva de la existencia de agencias independientes que no se encuentran bajo el poder presidencial en tanto son creadas y configuradas de forma independiente por las correspondientes leyes sectoriales, por lo que responden únicamente ante el Congreso. No obstante, la independencia de estas agencias es relativa, ya

79 Entre quienes confirman la legalidad del control que ejerce el presidente sobre las agencias *vid.* KAGAN (2001), 2245; MAYER (2002); también SCHULTZ, LISA y MICHAEL P. VANDENBERGH. Inside the administrative state: a critical look at the practice of presidential control, *Michigan Law Review* 105, (2015): 47-ss.

80 En las órdenes ejecutivas los distintos presidentes se limitan sorprendentemente a afirmar su potestad para dictarlas “por la autoridad atribuida como presidente por la Constitución y las leyes de Estados Unidos, pero sin mencionar ningún artículo o Ley concreto”.

81 Por lo general se suele citar la Sentencia *Chevron* (1984) como fundamento para legitimar el control sobre las agencias ejecutivas. En este mismo, sentido apunta el asunto *Club v. Costle*, 657 F.2d 298 (D.C. Cir. 1981). En ningún caso los Tribunales han considerado que el principio de dirección y control presidencial viole disposición legal alguna o la Constitución *vid.* PIERCE (2009), 665 y también LUBBERS (2014), 37.

82 *Vid.* KAGAN (2001), 2285-2290.

83 El Tribunal Supremo ha reconocido la primacía de la ley que obliga a separarse de lo establecido en las órdenes del presidente cuando sus disposiciones sean contrarias a lo dispuesto en aquellas como, por ejemplo, la aplicación de ACB (*Public Citizen v. Young*, D. C. Cir. 1987) o la fijación de un determinado plazo para adoptar la regulación (*EDF v. Thomas*, D.D.Cir. 1986.), tal y como indica PIERCE (2009), 667.

que existe la opinión generalizada de que el presidente cuenta con capacidad suficiente para vincular su actuación a través de las órdenes ejecutivas<sup>84</sup>. En todo caso, incluso admitiendo la posibilidad de que pueda controlar las agencias independientes, lo cierto es que, todos los presidentes han respetado su independencia y solamente se han limitado a instar a que cumplan con el contenido de sus órdenes, tal y como hizo el presidente Obama con su E.O. 13.579 sobre evaluación de la regulación de las agencias independientes<sup>85</sup>. En la medida que las agencias independientes pueden someterse voluntariamente a las exigencias de la presidencia, estas han desarrollado su propio análisis de la regulación aunque se ofrece una información limitada al respecto<sup>86</sup>.

El tercer límite se deriva de la imposibilidad de ejercer un control judicial sobre el cumplimiento de las exigencias de evaluación económica dispuestas en las órdenes ejecutivas. En efecto, aunque el contenido de las órdenes puede ser sometido al control de los Tribunales en la medida que se desvíen de las directrices fijadas por el Congreso o se exceda de los poderes constitucionales propios del presidente<sup>87</sup>, por el contrario es prácticamente imposible recurrir contra la vulneración de lo dispuesto en dichas órdenes o solicitar una indemnización por su incumplimiento, en tanto los Tribunales han reiterado de manera insistente que no cabe socilitar en vía judicial el cumplimiento de los requisitos contenidos en dichas órdenes<sup>88</sup>. En el caso de las órdenes relativas al análisis y control de la regulación de las agencias, las limitaciones con respecto al control de su cumplimiento por parte de los Tribunales son aún mayor. Desde un principio los Tribunales rechazaron ejercer un control de la regulación basada en el incumplimiento de los requisitos relativos al análisis y evaluación regulatoria establecidos en las órdenes al considerar que estas no crean unos derechos o intereses que pueden ser objeto de tutela judicial<sup>89</sup>, excepto cuando se afecte

---

84 Esta es la posición que se mantenía en el mencionado memorando elaborado en 1981 (*vid. supra* npp. 79) y que asumida por gran parte de la doctrina. *vid.* STRAUSS y SUNSTEIN (1986), 181; MCGARITY (1987), 443, 454-462; y, más recientemente, HAHN, ROBERT y CASS R. SUNSTEIN. A new executive order for improving federal regulation, *University of Pennsylvania Law Review* 150, (2002): 1489-1552.

85 De hecho, tanto el presidente Reagan como el presidente Clinton obtuvieron informes de la *Office of Legal Counsel* del Departamento de Justicia en los que se afirma que las E.O. 12291 and 12866 podían aplicarse a las agencias independientes, por lo que, tal y como indica CAREY, MAEVE. Cost-benefit and other analysis requirements in the rulemaking process, *Congressional Research Service*, 7-5700, R41974, (npp 103) (2014), 27. La decisión de excluirlas fue meramente de carácter político.

86 En el borrador del informe de la OIRA sobre los costes y beneficios de la regulación (2016) (*Draft Report to Congress on the Benefits and Costs of Federal Regulations and Agency Compliance with the Unfunded Mandates Reform Act*) se critica la falta de información (p. 30) y se pone de manifiesto que menos de la mitad de las normas de especial impacto de las agencias independientes ofrece información sobre costes y beneficios (p. 84).

87 Un ejemplo clásico es el de la E.O. 10.349 dictada por el presidente Truman para ubicar todas las siderurgias en el ámbito rural, que fue anulada por el Tribunal Supremo por excederse en el ejercicio del poder presidencia y no contar con el fundamento de una Ley en *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer*, 343 US 579 (1952).

88 *Vid.* la jurisprudencia que en este sentido que menciona MAYER (2001), 59 npp.127. En su trabajo HOWELL (2003), 153 analiza las decisiones judiciales llegando a la conclusión de que en el 83% de los casos se ha fallado, confirmando la legalidad de las órdenes del presidente.

89 Los Tribunales han señalado que la E.O. 12.291 fue aprobada como “un instrumento de gestión para la aplicación de las políticas económica del presidente pero no como un marco normativa que tenga que aplicarse”, tal y como se afirma en *Independent Meat Packers Association v. Butz*, 526 F.2d 228 (8th Cir., 1975) y también *Public Citizen Health Research Group v. Tyson*, 796 F.2d 1479 (D.C. Cir. 1986).

a lo dispuesto en una Ley<sup>90</sup>. Tal y como se indica en todas ellas, las órdenes ejecutivas “no pretenden reconocer, ni reconocen, derecho o prestación alguna, ya sea sustantiva o procedimiento, que se exigible legamente”<sup>91</sup>. Curiosamente estas órdenes son las que, precisamente, han provocado una remodelación de procedimiento de elaboración de las normas por parte de las agencias e interfieren claramente con las exigencias contenidas en la leyes que las agencias ejecutan. De hecho esta ausencia de control judicial genera un espacio de inmunidad al poder presidencial que claramente índice en el ejercicio de las función reguladora de las agencias y determina su política, pero queda al margen del control por parte de los ciudadanos.

En definitiva, y a pesar de todos estos límites expuestos, es evidente que el presidente ejerce un amplio poder de control sobre la regulación que producen las agencias a través de los requisitos relativos al análisis y control que se exige en su elaboración<sup>92</sup>.

### 3.2. EL SISTEMA DE EVALUACIÓN ECONÓMICA Y REVISIÓN DE LA REGULACIÓN DISPUESTO EN LAS ÓRDENES EJECUTIVAS

A lo largo de las últimas décadas se han ido acumulando las órdenes ejecutivas de los presidentes que imponen la aplicación de distintos tipos de análisis y evaluación de la regulación de las agencias, por lo que respecta a su impacto en el medio ambiente, la salud, la seguridad, la energía, el sistema federal o las minorías tribales<sup>93</sup>. Entre todos estos requisitos de evaluación de la regulación, los que tienen un mayor alcance e inciden con mayor intensidad sobre las regulación de las agencias son aquellos que imponen una evaluación de carácter económico que fueron introducidos por el presidente Reagan y que se actualmente se mantienen en vigor en las E.O. 12.866 y 13.563 dictadas respectivamente por los presidentes Clinton y Obama.

Todos las limitaciones al poder de los presidentes sobre las agencias parecen ceder en lo que respecta el análisis y control de la regulación de las agencias dispuesto en dichas

90 Los Tribunales han afirmado que la OMB no puede retrasar de forma indefinida una regulación que es exigida por una ley [*Natural Resources Defense Council v. EPA*, 683 F.2d 752 (3d Cir. 1982), y también *Environmental Defense Fund v. Thomas*, 627 F. Supp. 566 (1986)]. Vid. LUBBERS (2014), 37 npp.168.

91 Todas ellas contienen una cláusula de descargo muy similar en la que se dispone que están “intended only to improve the internal management of the Federal Government and does not create any right or benefit, substantive or procedural, enforceable at law or equity by a party against the United States, its agencies or instrumentalities, its officers or employees, or any other person”. Cfr. sección 10 de la E.O. 12,866 y sección 7 (d) de la E.O. 13.563.

92 STRAUSS, PETER. Overseer or “the decider”? The president in administrative law, *George Washington Law Review* 75, (2007): 736.

93 Entre otras, la E.O. 12.630, sobre actuaciones del gobierno y su interferencia en el Derecho de propiedad (*Governmental Actions and Interference with Constitutionally Protected Property Rights*) (15 de marzo de 1988); la E.O. 13.045, de protección de la infancia de los riesgos para la salud y la seguridad (*Protection of Children from Environmental Health Risks and Safety Risks*) (23 de abril de 1997); la E.O. 13,211, sobre actuaciones relativas a la regulación que afecte significativamente al suministro, distribución o uso de la energía (*Actions Concerning Regulations that Significantly Affect Energy Supply, Distribution, or Use*) (22 de mayo de 2001); la E.O. 13.132, sobre federalismo (*Federalism*) (10 de agosto de 1999); y la E.O. 13.175, sobre gobiernos indígenas (*Indian Tribal Governments*) (6 de noviembre de 2000).

órdenes. En primer lugar, los principios para la regulación de las agencias dispuestos en estas órdenes se proyectan sobre toda la actividad regulatoria de las agencias desarrollada a través del procedimiento informal. Incluso en el caso de que algunos de los requisitos establecidos se apliquen solamente a determinadas normas —aquellas que tengan un mayor impacto—, los principios en que se basan se proyectan sobre la totalidad de la actividad reguladora de las agencias en tanto se pretende, de forma genérica y abstracta, la mejorar la regulación.

En segundo lugar, los principios y demás requisitos exigidos por estas órdenes deben cumplirse de forma rigurosa por todas las agencias ejecutivas<sup>94</sup>. Incluso las agencias independientes, que se encuentran fuera del alcance de los dispuesto en estas órdenes —aunque pueden quedar sometidos a las mismas, tal y como se ha visto— son requeridas, aunque no obligadas, a cumplir con su contenido, tal y como se dispone de manera específica en la E.O. 13.579<sup>[95]</sup>.

Por último, incluso los límites fijados en las leyes en que se fundamenta la regulación son virtualmente forzados en tanto las agencias tienen obligación de preparar un ACB incluso en aquellos casos en que dichas leyes prohíben expresamente la valoración de los costes y beneficios de una determinada regulación, situando a los responsables de las agencias en la extraña situación en la que deben preparar dicho análisis, aunque posteriormente deben ignorar su contenido en la adopción de la decisión final, tal y como exigen las leyes<sup>96</sup>.

La evaluación económica de la regulación de las agencias se generaliza a través de la E.O. 12.866 y E.O. 13.563 que establecen una serie de principios para la mejora de la regulación<sup>97</sup>, que obligan de forma general a las agencias ejecutivas a evaluar los costes y beneficios de las alternativas existentes en la elaboración de toda regulación de carácter normativo que sea adoptada a través del procedimiento informal (*informal*

---

94 En las sucesivas órdenes el mandato dirigido a las agencias se vuelve más preciso y exigente en tanto la E.O. 12.866 establece que las agencias debían asumir sus principios (“*agencies should adhere*”), y la E.O. 13.563 dispone, sin más rodeos, que las agencias deben cumplirlos (“*agencies must*”).

95 La E.O. 13.579 dispone que las agencias independiente “deben” (*should*) cumplir con los requisitos de análisis regulatorio dispuestos en la E.O. 13.563 y “deben” presentar un plan en este sentido. Por tanto, el presidente Obama se limitó a urgir, pero no a obligar, a las agencias a cumplir con lo dispuesto en dicha orden, tal y como confirma la carta de presentación que acompañaba a la E.O. 13.579 en la que el presidente solicita (*require*) a cumplirlo.

96 Como indica CANNON, JONATHAN. The sounds of silence: cost benefit canons in *Entergy Corp. v. Riverkeeper, Inc.*, *Harvard Law Review* 34, (2010): 426.

97 Los principios de los que se deriva la evaluación económica de la regulación se contienen en la sección 1 (b) E.O. 12.866 y, asimismo, en la sección 1 (b) E.O. 13.563, y son los siguientes: (1) Identificar el problema y determinar su relevancia; (2) Examinar la regulación existente para ajustarla o considerar otras alternativas distintas a la adopción de nueva regulación; (3) Evaluar tanto los costes como los beneficios de la regulación propuesta y adoptarla sobre la base de una motivación en la que se identifique que los beneficios justifican los costes de la propuesta; (4) Identificar y evaluar posibles formas alternativas de evaluación; (5) Considerar, en la medida que resulte razonable, el grado y la naturaleza de los riesgos que se plantean; (6) Incorporar la postura de responsables de los Estados, entidades locales y tribales; (7) Evitar la regulación que resulte inconsistente, incompatible, o redundante; (8) Ajustar la regulación para imponer la menor carga a los ciudadanos; (9) Diseñar la regulación de manera que sea simple y de fácil comprensión.

*rulemaking*)<sup>98</sup>, y a adoptar sus decisiones sobre la base de una motivación en la que se demuestre que los beneficios justifican los costes de estas, optando por la alternativa menos gravosa, todo ello en la medida que permita la Ley.

Los requisitos son más exigentes en el caso de aquellas normas que presenten una mayor relevancia y trascendencia, para la que se exige la aplicación de un verdadero un ACB que se somete a la supervisión y control de la OIRA<sup>99</sup>. Se trata de las “actuaciones de carácter significativo” (*significant regulatory action*) que se definen a través de un criterio esencialmente económico cuantitativo —en tanto se consideran como tales aquellas iniciativas que puedan derivar en la adopción de una norma que tenga un impacto en la economía de cien millones de dólares o más al año—, aunque se aplican igualmente otros criterios que tienen en cuenta circunstancias más allá de lo económico<sup>100</sup>. Por lo que respecta a la identificación de las actuaciones de carácter significativo, aunque, en principio, corresponde a las agencias y la OIRA tiene que limitarse a revisar aquellas normas previamente identificadas por las agencias, esto no impide que la propia OIRA pueda identificar como significativa determinadas iniciativas —lo que conlleva la obligación de someterla a evaluación—, y, asimismo, puede supervisar cualquier iniciativa reguladora identificada como significativa por las agencias<sup>101</sup>.

Con respecto al verdadero alcance que tiene la evaluación económica de la regulación en aplicación de estos principios, debe tenerse en cuenta que las iniciativas identificadas como significativas, aunque puedan ser escasas concentran gran parte de la intervención pública que despliegan las agencias<sup>102</sup>. Por otra parte, como se ha indicado, la identificación de una iniciativa como significativa se deriva de otras circunstancias que van más allá de su impacto económico<sup>103</sup>.

---

98 Las E.O. 12.866 y E.O. 13.563 son aplicables solamente a la regulación de carácter normativo (*legislative rules*) adoptada a través del procedimiento informal (*informal rulemaking*). En efecto, en la sección 3(d) E.O. 12.866 se establece su ámbito de aplicación para lo que identifica los supuestos que quedan exclusivos que son: (1) Normas adoptadas conforme al procedimiento formal (*formal rulemaking*) previsto en la APA (5 U.S.C. 556, 557); (2) Normas que tengan relación con las funciones de las Fuerzas Armadas o asuntos exteriores, al margen de la regulación de la contratación pública y a la importación-exportación de bienes y servicios no relacionados con la defensa nacional; (3) Normas limitadas a la organización de las agencias, la gestión o asuntos de personal.

99 Sección 6(a)(3)(B) E.O. 12.866.

100 En la sección 3 (f) (1) E.O. 12.866 se añaden aquellas normas que puedan afectar negativamente a la economía, el medio ambiente, la salud pública o a la actividad de los Estados, entidades locales o tribales. También se consideran “normas especialmente significativas”, aquellas que puedan resultar inconsistentes o que interfieran con las actuaciones de otras agencias, que puedan modificar los ingresos presupuestarios, o pueden plantear cuestiones novedosas desde el punto de vista legal o político [sección 3 (f) (2) (3) (4) E.O. 12.866].

101 La OIRA recibe de forma periódica de cada agencia un listado con las actuaciones regulatorias que están planificadas, indicando cuáles se consideran significativas, pero el responsable de la OIRA tiene la última palabra, ya que confirma o modifica el listado de las iniciativas consideradas significativas. Por otra parte, el responsable de la OIRA puede someter a revisión cualquier iniciativa de regulación identificada como significativa por las agencias [sección 6 (a)(3)(A) E.O. 12.866].

102 En los informes anuales de la OIRA al Congreso sobre regulación, se pueden identificar el número exacto de iniciativas de las agencias tienen la consideración como regulación significativa y que no suele superar el centenar al año. En concreto en el 2009 fueron cien, mientras que en el 2015 fueron 59.

103 De hecho una gran parte de las normas sometidas a evaluación no lo son por su impacto económico (en 2009 de cien iniciativas revisadas, solamente 39 tenían un impacto superior a los cien millones de dólares).

Para cada una de las iniciativas consideradas significativas, las agencias deben remitir a la OIRA, junto al proyecto de la norma y el resto de la documentación, una valoración global de los costes y beneficios de la propuesta y de sus alternativas, así como su adecuación al contenido de la Ley en que se fundamenta, así como de las preferencias del presidente<sup>104</sup>.

Todos estos análisis, que constituyen un verdadero ACB, deben ser elaborados por la agencia proponente, que no siempre cuenta con la capacidad, el personal y el tiempo suficiente para llevarlas a cabo. Con la finalidad de facilitar a los responsables de las agencias la elaboración de estos análisis, la OMB ha elaborado unas guías<sup>105</sup> en las que se proporcionan directrices para desarrollar un análisis regulatorio adecuado y se estandarizan los métodos para cuantificar los costes y beneficios, lo que ha sido criticado al identificarlas como un instrumento más de la presidencia para incidir en la regulación de las agencias<sup>106</sup>.

La revisión centralizada por parte de la OIRA del análisis regulatorio realizado por las agencias tiene por finalidad garantizar que aquellas cumplen con los principios fijados en las órdenes y que se han considerado detenidamente las consecuencias de la regulación —en particular, sus beneficios y sus costes— antes de su adopción<sup>107</sup>. Asimismo, este control permite garantizar que dicha regulación respeta lo dispuesto en la ley en la que se fundamenta y se ajusta a las directrices fijadas por el presidente. También sirve para promover la supervisión mutua entre las agencias de modo que actúa como instrumento de coordinación para evitar la adopción de medidas incompatibles, incoherentes o redundantes.

La revisión centralizada se lleva a cabo antes de que la regulación entre en vigor por parte de la OIRA como parte de la OMB dentro de la oficina del presidente<sup>108</sup>. Cada agencia debe designar un responsable de política regulatoria (*Regulatory Policy Officer*) que se encarga de cada una de las etapas del proceso de regulación como coordinadores, pero no como comisarios políticos del presidente en las agencias<sup>109</sup>.

---

104 En concreto las agencias deben facilitar a la OIRA (salvo que esté excluido por la ley) una evaluación, que incluya un ACB previstos de la propuesta, junto a una cuantificación, hasta donde sea posible de estos, así como una evaluación de los costes y beneficios potenciales de las alternativas posibles a la regulación propuesta, y una explicación de por qué dicha propuesta es preferible a sus alternativas [sección 3(f)(1) E.O. 12.866].

105 La Circular A-4 “Regulatory Analysis” incluye numerosas modificaciones con respecto a la anterior Guía de Evaluación Regulatoria elaborado por la OMB en 2009 (*Memorandum M-09-13, Guidance for Regulatory Review, March 4, 2009*). En concreto en dicha Circular A-4 se exige “(1) un mayor énfasis en el ACB, (2) un análisis formal de las probabilidades de las normas que tengan un impacto superior al billón de dólares en la economía; y (3) una evaluación más sistemática de los costes y beneficios tanto cuantitativos como cualitativos”.

106 Tal y como indican REVEZ y LIVERMORE (2008), 172, quienes consideran que no se trata de un instrumento neutral ni transparente, ya que entre otras cosas, no se ha permitido la participación a través del procedimiento informal (*notice-and comment*) en su elaboración.

107 Section 6 (b) E.O. 12.866

108 Sobre el papel que desempeña la OIRA *vid.* el trabajo de Sunstein, Cass. The office of information and regulatory affairs: myths and realities, *Harvard Law Review* 126, n.º 7 (2013): 1838-1878.

109 A este respecto debe tenerse en cuenta la polémica E.O. 13.258 mediante la que el presidente G. W. Bush suprimió la confirmación por parte del Congreso del nombramiento del responsable de la OIRA, así como la E.O. 13.422 que disponía que los responsables de la Política Regulatoria en las agencias fuesen designados por el presidente sin confirmación del Congreso, lo que suponía introducir un delegado de la Casa Blanca en las agencias, tal y como criticó Strauss (2007), 701 y ss. y también Pierce (2009), 38. El presidente



La revisión del análisis regulatorio se lleva a cabo tanto al inicio del procedimiento de elaboración de las normas, con anterioridad a la publicación del proyecto, así como al final, antes de su publicación<sup>110</sup>. Las agencias deben preparar un análisis de la regulación dando participación a quienes puedan verse beneficiados o afectados por la regulación propuesta<sup>111</sup>. Una vez preparado dicho análisis se somete a la revisión por parte de la OIRA bajo unos plazos estrictos, que pueden reducirse en caso de situaciones de emergencia o cuando así lo exija una ley<sup>112</sup>. El procedimiento de revisión por parte de la OIRA se lleva a cabo bajo a través de un procedimiento abierto, transparente y que permite la rendición de cuentas<sup>113</sup>.

Debe tenerse en cuenta que la OIRA desarrolla la revisión con unos recursos limitados con los que debe enfrentarse a una regulación cada vez más numerosa y compleja, aunque su tarea es menos exigente que la propia de las agencias que tienen que preparar los análisis<sup>114</sup>. La OIRA debe comunicar a las agencias que quedan exentas de la revisión o bien, cuando se lleva a cabo, se les informa del resultado. Asimismo, la OIRA puede enviar cartas indicativas (*prompt letter*) para sugerir a las agencias determinadas cuestiones a las que la agencia debe prestar atención<sup>115</sup>.

Si el resultado de la revisión no es favorable, la OIRA envía una carta de devolución, con la que se traslada la regulación propuesta a la agencia para que la reformule<sup>116</sup>. Si el responsable de la agencia no está de acuerdo con alguna de las razones que llevan a la devolución de la regulación propuesta a la agencia, debe informar al administrador de la OIRA por escrito.

---

Obama revocó ambas órdenes a través de la E.O. 13.497 (*Revocation of Certain Executive Orders Concerning Regulatory Planning and Review*) (4 de febrero de 2009).

110 Sección 6 (b)(1)(A) E.O. 12.866.

111 Conforme a la E.O. 13.563 se les debe permitir formular alegaciones en un plazo de sesenta días, y cuando resulte conveniente, se deben utilizar mecanismos para lograr un consenso.

112 La revisión por parte de la OIRA se encuentra a un plazo máximo de noventa días sin que exista un plazo mínimo para hacerlo. Este plazo puede ampliarse con carácter indefinido por parte del director de la agencia proponente; asimismo, el director de la OMB puede ampliar el plazo en un máximo de treinta días [sección 6 (b)(2) E.O. 12.866]. En todo caso, los Tribunales han señalado que la OMB no puede dilatar la revisión cuando exista un límite de plazo concreto fijado en la propia ley [*Environmental Defense Foundation v. Thomas*, 627 F. Supp. 566 (D.D.C. 1986)]. Por lo demás, el plazo puede ampliarse por razones de emergencia o cuando lo exija la ley [sección 3(a)(3)(D) E.O. 13.563].

113 Los responsables de la OIRA debe entrevistarse con cualquier interesado que lo requiera en unas reuniones dirigidas por el responsable de la OIRA o a través de la página web [sección 6 (b)(4) E.O. 12.866].

114 La OIRA cuenta con medio centenar de profesionales a dedicación exclusiva, que deben resultar suficientes para el ejercicio de unas tareas bajo unas condiciones que son menos exigentes que las que tienen que desarrollar las agencias *vid.* Revesz y Livermore (2008), 172.

115 La OIRA utiliza sus cartas indicativas (*prompt letters*) para sugerir a las agencias cuestiones que deben tener en cuenta como, por ejemplo, ámbitos en los que podría ser necesaria la regulación para cubrir lagunas o áreas en las que no es necesario mantener la regulación existente que debe ser modificada o suprimida. Este instrumento ha sido utilizado de forma muy comedida (no son más de quince las cartas indicativas) en temas que van desde las grasas trans a la contaminación de los combustibles diesel.

116 La OIRA puede considerar que el proyecto de la norma no se ajusta a los principios contenidos en las órdenes del presidente al ofrecer un análisis insuficiente o inadecuado. La OIRA remite a la agencia proponente un informe por escrito, detallando las razones del rechazo, detallando el contenido de las órdenes en que se fundamenta. Tras recibir la carta de devolución, la agencia puede —y, a menudo se hace así— seguir trabajando sobre el proyecto y su evaluación, para después volver a remitirlo a la OMB para que se pronuncie sobre las modificaciones.

Los conflictos entre los responsables de las agencias o entre aquellos y la OMB que no puedan ser resueltos por el administrador de la OIRA se resuelven directamente por el presidente, o por el vicepresidente (cuando así se lo solicite aquel) con el responsable de la agencia y, cuando resulte oportuno, con otras autoridades que puedan tener interés en el asunto<sup>117</sup>. El presidente resuelve de forma definitiva el conflicto conforme a las recomendaciones del vicepresidente, tras una consulta con los asesores y otras autoridades o personal que involucrado dentro del plazo de sesenta días, notificando al responsable de la agencia y al administrador de la OIRA sobre la decisión adoptada.

### 3.3. MEDIDAS COMPLEMENTARIAS: ANÁLISIS RETROSPECTIVO, AGENDA UNIFICADA Y COOPERACIÓN REGULATORIA INTERNACIONAL

El sistema de análisis y supervisión económica de la regulación de las agencias se completa a través de una serie de mecanismos para su mejora entre los que destacan los análisis retrospectivos (*retrospective analysis*) sobre la regulación en vigor, que se configura como complemento imprescindible del análisis prospectivo que se aplica a la regulación propuesta.

La incorporación de la revisión retrospectiva constituye un avance dentro de la política de la evaluación regulatoria que se había limitado a la nueva regulación<sup>118</sup>. El análisis retrospectivo permite modificar, simplificar, ampliar o revocar las normas que se encuentren desactualizadas, sean inefectivas, insuficientes o excesivamente gravosas, pero permite mejorar la precisión del análisis prospectivo a través del análisis de los errores cometidos en las estimaciones efectuadas durante la tramitación de la regulación<sup>119</sup>.

Si bien la posibilidad de revisar la regulación en vigor se incluyó en algunas leyes y, asimismo, en la E.O. 12.866, *últimamente* se ha visto reforzada a través de la E.O. 13.563 que hace del análisis retrospectivo uno de sus elementos clave y lo incorpora como un instrumento complementario de la evaluación económica de la regulación federal. En este sentido, la E.O. 13.563 exige a las agencias ejecutivas<sup>120</sup> que lleven a cabo, de forma periódica, un plan de análisis retrospectivo para revisar la regulación existente con la finalidad de determinar si algo debe ser modificado, simplificado, ampliado o revocado<sup>121</sup>.

<sup>117</sup> Conforme a la sección 7 de la E.O. 12.866, la intervención del presidente o del vicepresidente solamente puede producirse a solicitud del director de la OMB, el responsable de la agencia proponente, o el responsable de una agencia que tiene un interés relevante en la regulación propuesta.

<sup>118</sup> Si bien algunos autores habían pronunciado acerca de su necesidad *cf.* HAHN Y SUNSTEIN (2002), 1496, sin embargo, la racionalización *ex post* de las normas no había sido una cuestión que tratada en profundidad por la doctrina.

<sup>119</sup> *Report to Congress on the benefits and costs of federal regulations and unfunded mandates on state, local, and tribal entities* (2012), 4. Este es el argumento que desarrolla por extenso en su trabajo SUNSTEIN, CASS. *The regulatory lookback, Regulatory Policy Program Working Paper* (RPP-2014-01), Mossavar-Rahmani Center for Business and Government, Harvard Kennedy School, Harvard University, (2014).

<sup>120</sup> Estos requisitos también se aplican a las agencias independientes conforme a lo dispuesto en la Sección 2 de la E.O. 13.579.

<sup>121</sup> Este requisito incluido en la Sección 6 b) de la E.O. 13.563 provocó el inicio de un proceso de revisión de la regulación que carece de precedentes, ya que dieron lugar a la elaboración de más de una treintena de planes, con más de quinientos iniciativas de reforma, con las que se pretende ahorrar millones de dólares y

Con esta finalidad, el presidente Obama dictó la E.O. 13.610 “Identificar y Reducir las Cargas Regulatorias” (*Identifying and Reducing Regulatory Burdens*) (10 de mayo de 2012) que complementa el análisis retrospectivo dispuesto en la E.O. 13.563, ya que este se ve potenciado y mejorado a través de una mayor participación ciudadana, una priorización de las reformas que pueden suponer un ahorro más significativo y un sistema de seguimiento a través de informes periódicos sobre las reformas efectuadas y de sus plazos.

El impulso al análisis retrospectivo ha sido ahora continuado por los republicanos que, dentro de su programa de reforma regulatoria, incluye un mecanismo específico en la propuesta de REINS Act con el que se pretende obligar a las agencias a que a lo largo de toda década lleven a cabo una revisión de todas las normas que tienen aprobadas, a razón de un 10% por año, de modo que tendrá que quedar justificada, incluyendo un ACB, y, asimismo, será remitida al GAO y al Congreso para que consideren su posible revisión<sup>122</sup>.

Otro elemento imprescindible dentro del sistema de análisis y supervisión económica de la regulación es la coordinación entre las agencias. Más allá de la función de supervisión que ejerce la OIRA sobre las agencias, esta también actúa como coordinadora de su actividad de regulación a través de un sistema de planificación basado en la creación de una “agenda de regulación”<sup>123</sup>. De este modo, las agencias ejecutivas deben preparar una agenda semestral con todas las normas en proceso de elaboración o revisión.

La información proporcionada por las agencias es sistematizada por el Centro de Información Regulatoria (*Regulatory Information Service Center*) de la Administración General de Servicios (*General Services Administration*) para publicar la Agenda Unificada (*Unified Regulatory Agenda*), que facilita información sobre la regulación que se encuentra en tramitación o revisión en las distintas agencias, y el Plan Anual de Regulación (*Regulatory Plan*), que sirve para conocer las principales actuaciones regulatorias que van a desarrollar las agencias<sup>124</sup>. Estos documentos sirven a las agencias cumplir con los requisitos relativos a la información pública y planificación de su actividad reguladora, facilitando el seguimiento de la regulación que se encuentra en tramitación o en revisión, y permitiendo así la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de la regulación.

Otro instrumento de mejora del sistema de análisis y supervisión económica de la regulación, complementario a la coordinación de las agencias, es la cooperación a nivel internacional para aproximar la regulación de los distintos países. La globalización provoca un contacto continuo entre los sujetos públicos y privados de los distintos Estados que pueden encontrar serias dificultades para desarrollar sus actividades por razón de las diferencias existentes entre las distintas regulaciones nacionales. Para superar este obstáculo, el presidente Obama inició una política de cooperación regulatoria internacional a

---

de horas de trabajo en el cumplimiento de trámites innecesarios. *Vid.* SUNSTEIN, CASS. Empirically informed regulation, *University Chicago Law Review* 78, (2011): 1389-1391.

122 Dicha previsión se incluye en la sección 809 (a) del proyecto de REINS Act *vid. supra*

123 No obstante, la OIRA carece de recursos suficientes para desarrollar esta función adecuadamente, tal y como indican REVESZ y LIVERMORE (2008), 176.

124 La Agenda Unificada se publica en el *Boletín Oficial (Federal Register)* en abril y octubre. El Plan de Regulación se publica junto a la Agenda Unificada en octubre.

través de su E.O. 13.609<sup>[125]</sup> con la intención de armonizar la regulación existente en los distintos Estados, establece estándares comunes, y minimizar las divergencias innecesarias en la normativa a la que se enfrentan las empresas a la hora de desarrollar sus actividades a nivel internacional. La cooperación regulatoria se articula a través de medidas muy genéricas como es la incorporación de esta cuestión a las actividades desarrolladas a través del Grupo de Trabajo (*Regulatory Working Group*) creado por la E.O. 12.866 que sirve como foro en esta materia, y, asimismo, a través de una exigencia genérica dirigida a las agencias para que tengan en cuenta el impacto internacional de su regulación.

La cooperación regulatoria internacional impulsada por la E.O. 13.609, se estaba desarrollando en las negociaciones de los tratados internacionales de libre comercio como el TTIP entre Estados Unidos y la Unión Europea, y el TPP entre Estados Unidos y una docena de países del entorno del Pacífico<sup>126</sup>. Sin embargo, el proteccionismo iniciado por la nueva presidencia de Trump ha modificado las prioridades políticas con respecto a las relaciones comerciales internacionales revocando los acuerdos internacionales de libre comercio anteriormente suscritos, lo que deja en suspenso a la política de cooperación regulatoria internacional.

#### 3.4. ÚLTIMAS TENDENCIAS EN LA POLÍTICA REGULATORIA: DE LA DESREGULACIÓN A LA DESTRUCCIÓN DE LA REGULACIÓN

La última contribución a la política regulatoria desde el Poder Ejecutivo viene de la mano del presidente Donald Trump que se ha propuesto desarrollar la enésima reforma regulatoria basada aliviar a los ciudadanos de la carga que supone la regulación innecesaria pero que consiste en una supresión pura y simple de la regulación de las agencias. En esta cruzada contra la regulación cuenta con el apoyo de las mayorías republicanas en ambas cámaras del Congreso, que libra la batalla por su cuenta a través de dos proyectos de ley que, de aprobarse, pueden cambiar radicalmente los cimientos de la regulación en Estados Unidos y a los que se ha hecho referencia anteriormente<sup>127</sup>.

La E.O. 13.771 “Reducir la Regulación y Controlar los Costes Regulatorios” (*Reducing Regulation and Controlling Regulatory Costs*) (30 de enero de 2017) dictada por el presidente Trump, si realmente resulta aplicada de manera estricta podría dar lugar a un proceso, no ya de desregulación, sino de destrucción de la regulación. En concreto se exige a las agencias lo que puede denominarse el “dos por uno”, ya que por cada nueva norma que se adopte, se deben identificar otros dos normas ya existentes para proceder a su revocación.

La E.O. 13.771 prevé, para el 2017, un límite en los costes de la regulación, por lo que los responsables de las agencias deben garantizar que el total de los costes adicionales de la nueva regulación que se adopte o se derogue, no sea superior a cero, excepto en los casos en

125 E.O. 13.609 promover la cooperación regulatoria internacional (*Promoting International Regulatory Cooperation*) (1.º de mayo de 2012).

126 Se trata de la Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*, TTIP) entre Estados Unidos y la Unión Europea, y el Acuerdo Transpacífico de Cooperación Económica (*Trans-Pacific Partnership*, TPP).

127 Se trata de la REINS Act y de la *Regulatory Accountability Act* y de la *vid. supra* apartado 3.

que dicho incremento sea exigido por una ley o responda a una autorización otorgada por escrito por el director de la OMB. La finalidad de esta medida es que los costes que pueda incorporar las nuevas normas se compense con la eliminación de los costes derivados de las normas ya existente que se tiene que revocadas. A estos efecto, se prevé que el director de la OMB facilite a las agencias criterios para la aplicación de este límite que impide incrementar los costes regulatorios<sup>128</sup>.

Esta dinámica se mantiene para los años sucesivos a partir de 2018, para lo que la E.O. 13.771 prevé que los responsables de cada agencia identifiquen, para cada nueva norma que suponga un incremento de los costes, las normas que deben derogarse para compensar dicho incremento.

Por otra parte, se intensifica el control por parte del director de la OMB, director sobre las agencias a través de la Agenda Unificada, de modo que estas no pueden aprobar ninguna regulación si no se encuentra prevista en ella. Asimismo, el director de la OMB asigna un cupo de costes adicionales que puede producir cada agencia con la adopción o supresión de sus normas, de modo que no se admite la adopción de nueva normas que exceda dicha cantidad, a menos que lo exija una ley o que se autorice por el propio director.

Como puede comprobarse se trata de un cambio importante en la política regulatoria que, hasta el momento, se había utilizado para mejorar la regulación consiguiendo un cierto equilibrio político en su configuración ya que ha sido sostenida por los dos grandes partidos políticos. Lo que ahora se propone con esta E.O. 13.771 no es más que un programa irracional y desbocado de destrucción de la regulación basado única y exclusivamente en criterios cuantitativos y aplicando un análisis que solamente tiene en cuenta los costes, sin atender a los posibles beneficios de la regulación.

La fórmula del “dos por uno” que impone la E.O. 13.771 ignora el objetivo último de la política análisis y evaluación de la regulación que no es otro que mejorarla y no simplemente reducir el número de normas. La E.O. 13.771 se refiere únicamente y exclusivamente a los costes de la regulación que tiene como referencia para suprimir la regulación que los produzca, por lo que no se trata de un ACB ni de ningún otro tipo de análisis regulatorio. Se trata de unas directrices dirigidas a iniciar una espiral de destrucción de la regulación existente que puede generar muchos daños en la medida que no se tienen en cuenta los valores como la salud, el medio ambiente, la seguridad y tantos otros que justifican la regulación y que deben equilibrarse para garantizar el correcto funcionamiento del mercado y, en definitiva, del sistema económico.

Para aplicar su reforma regulatoria el presidente Trump ha dictado la E.O. 13.777 (*Enforcing the regulatory reform agenda*) que obliga a las agencias a nombrar unos responsables de aplicar la reforma (*Regulatory Reform Officers*) informan de forma periódica al director y lideran un Grupo de Trabajo para la reforma (*Regulatory Reform Task Forces*) que debe crearse en cada agencia. Estos grupos, además de un informe inicial sobre las medidas y normativa a modificar, se encargan de evaluar la normativa existente y harán recomendaciones al director de la agencia para su derogación, sustitución, modificación, respetando el

---

128 Sección 2 (d) E.O. 13.563.

contenido de la leyes, para lo que pueden recibir solicitudes e información de las entidades públicas y privadas afectadas por la regulación.

#### 4. EL CONTROL JUDICIAL DE LA EVALUACIÓN ECONÓMICA DE LA REGULACIÓN

El control judicial sobre la evaluación económica de la regulación se proyecta en dos dimensiones bien diferenciadas. Por una parte, el control judicial se ejerce sobre el marco que contiene la política regulatoria que dispone el sistema de evaluación, es decir, sobre aquellas normas que disponen los requisitos concretos de evaluación económica de la regulación, tanto las leyes aprobadas por el Congreso como las órdenes ejecutivas de los presidentes. Por otra parte, el control judicial también se aplica a la regulación resultante, es decir, a las normas adoptadas por las agencias que debe cumplir con los requisitos relativos a la evaluación de la regulación, por lo que debe ajustarse a lo dispuesto en las leyes y en la Constitución.

##### 4.1. EL CONTROL JUDICIAL DE LAS LEYES Y LAS ÓRDENES QUE DISPONEN EL SISTEMA DE EVALUACIÓN ECONÓMICA Y REVISIÓN DE LA REGULACIÓN

El control judicial de los requisitos relativos al análisis y supervisión de la regulación dispuestos tanto en las leyes como por las órdenes ejecutivas no existe en la práctica ni es susceptible de que se produzca, ya que, por una parte, el Congreso tiene reconocido un amplio margen para establecer en sus leyes los requisitos que determinen la actuación de las agencias y, por otro, los tribunales tienen limitada su capacidad para incidir en el procedimiento de elaboración de normas por parte de las agencias.

Cuando el Congreso otorga a las agencias capacidad de decisión a través de la elaboración de sus normas regulatorias, los problemas se producen cuando en las leyes existe una indefinición en la atribución de dicha capacidad —cuestión que se analiza en el siguiente apartado—, pero no cuando se imponen demasiados requisitos que constriñen dicha capacidad. De acuerdo con los límites de la doctrina de la delegación, el Congreso debe establecer legalmente un principio inteligible con respecto al que debe ajustarse la actuación de las agencias, por tanto no existe ningún obstáculo a que las leyes dispongan criterios específicos que guíen a las agencias en el ejercicio de la potestades delegadas por el Congreso. Ninguna de la leyes en las que se establecen requisitos de evaluación de la regulación ha sido hasta ahora anulada en vía judicial.

Por otra parte, el amplio poder que tiene reconocido el Congreso para condicionar la capacidad reguladora de las agencias contrasta con el limitado alcance del control judicial para entrar a controlar los requisitos de análisis, evaluación y control de la regulación como tales, ya que los Tribunales no pueden disponer nuevos requisitos ni procedimientos regulatorios más allá de los establecidos por el Congreso. En este sentido, debe recordarse que si bien, durante años, los Tribunales estuvieron incidiendo en el procedimiento de elaboración de normas de las agencias al incorporar requisitos y exigencias a través de sus sentencias, dando lugar a la llamada “regulación híbrida” (*hybrid rulemaking processes*) en

una dinámica propia del *common law*, con la sentencia *Vermont Yankee* (1978)<sup>129</sup>, el Tribunal Supremo excluyó la posibilidad de que los Tribunales configurasen los requisitos de actuación de las agencias, confirmando así que no existe un Derecho administrativo de creación jurisprudencial. Por tanto, los Tribunales no pueden exigir que las agencias tengan en cuenta el impacto económico, sanitario o medioambiental de su regulación si no se ha previsto expresamente en una ley, incluso si dicha exigencia puede tener sentido y ser provechosa al interés general, por lo que deben limitarse a enjuiciar las actuaciones de las agencias a partir de los requisitos existentes.

Por lo que respecta a las órdenes ejecutivas, si bien los Tribunales pueden controlar su conformidad con las leyes y las Constitución, sin embargo, el control del cumplimiento de los requisitos de análisis y evaluación de la regulación por parte de las agencias se encuentra virtualmente fuera del control judicial.

En efecto, las órdenes ejecutivas que disponen los requisitos de análisis y revisión de la regulación de las agencias forman parte del Poder Ejecutivo que dispone el presidente sobre las agencias. En este sentido, se considera que las órdenes con meros instrumentos domésticos que se emplean únicamente para mejorar la gestión interna del Gobierno federal, por lo que ninguna de estas órdenes puede someterse a control judicial de los Tribunales<sup>130</sup>. Por la misma razón tampoco pueden invocarse estas órdenes como fundamento para exigir el control judicial de la regulación de las agencias, ya que tienen por finalidad mejorar la gestión interna del Ejecutivo y en ellas mismas se indica expresamente que no pretenden ni tampoco crean ningún derecho o prestación, sustantiva o procedimental, que pueda exigirse legalmente ante el gobierno o cualquier sujeto privado<sup>131</sup>.

Por tanto, las órdenes ejecutivas quedan al margen del control de los Tribunales sin perjuicio de que las normas resultantes queden sometidas al control judicial que se ejerce conforme a lo dispuesto en la APA que, por tanto, solamente se ejerce con respecto a la eventual vulneración lo dispuesto en las leyes y no en las órdenes ejecutivas<sup>132</sup>.

Aunque resulte discutible el hecho de que las órdenes queden al margen del control judicial, la realidad es que ninguna ha sido nunca anulada ni tampoco ha sido recurrida alegando una desviación del contenido fijado en una ley por parte del Congreso o un exceso en el ejercicio de los poderes constitucionales por parte del presidente. Tampoco ningún Tribunal se ha pronunciado con respecto a una eventual falta de evaluación de la regulación o un error en el cumplimiento de los requisitos exigidos en las órdenes.

---

129 *Vermont Yankee Nuclear Power Corp. v. Natural Resources Defense Council* 435 U.S. 519 (1978), confirmando lo que afirmó décadas atrás el juez Frankfurter “There is no such thing as a common law of judicial review in the federal court”.

130 *Vid. RAVEN-HANSEN, PETER. Making agencies follow orders: judicial review of agency violations of Executive Order 12,291, Duke Law Journal* 2, (1983): 285; en la que postula un control judicial limitado de las órdenes.

131 Sección 10 de la E.O. 12.866 y Sección 7 (d) de la E.O. 13.563. *Vid. supra* nota 96.

132 Sección 10 de la E.O. 12.866 que remite al control judicial que frente a las actuaciones de las agencias ofrece la APA (5 U.S.C. §§ 702, 704).

#### 4.2. EL CONTROL JUDICIAL SOBRE EL SOMETIMIENTO O NO DE LA REGULACIÓN A LA EVALUACIÓN ECONÓMICA

La normas adoptadas por las agencias, al igual que el resto de sus actuaciones, se encuentra sometida a la revisión judicial por parte de los Tribunales.

El principal problema del control judicial de la elaboración de las normas por las agencias no es tanto la posibilidad de someterlo o no al control de los Tribunales sino su alcance con respecto a la evaluación que se practica de la misma. Excepto en los casos en que una disposición específica de una ley establezca requisitos específicos<sup>133</sup>, el control judicial sobre la regulación de las agencias se ejerce conforme a lo dispuesto en la sección 706 de la APA. En concreto, la revisión judicial de la evaluación económica en procedimiento informal de elaboración de las normas por parte de las agencias se lleva a cabo conforme a los estándares dispuestos en la sección 706 (2) (A) y (C) que permite a los Tribunales anular toda actuación de las agencias que resulte “arbitraria, caprichosa, o suponga un abuso de la discrecionalidad, o que en todo caso no sea conforme con la Ley” y que se desarrolle fuera del ámbito, las competencias, los límites o los derechos dispuestos en una Ley (“in excess of statutory jurisdiction, authority, or limitations, or short of statutory right”). Se trata de dos estándares de control judicial sobre la actividad de las agencias que se aplican de forma separada. Desde una perspectiva secuencial, los Tribunales comprueban, en primer lugar, el ajuste de la regulación con respecto a la ley en que se fundamenta, lo que lleva a la aplicación del control previsto en la sección 706 (C) APA, para lo que analizan la interpretación de los requisitos legales establecidos para el ejercicio de la capacidad de regulación de las agencias.

En este sentido, y dejando al margen los requisitos relativos a la evaluación económica de la regulación establecidos en las leyes de aplicación general como la RFA, la UMRA y la CRA<sup>134</sup>, son pocas las leyes particulares que establecen de manera clara y específica que la agencia practique o se abstenga de aplicar una evaluación económica de la regulación. La mayoría de las leyes son poco precisas a este respecto o, simplemente, omiten cualquier referencia a la cuestión generando una situación complicada, en especial, al tener que cumplir simultáneamente con las exigencias de análisis regulatorio dispuestas a través de las órdenes ejecutivas<sup>135</sup>.

<sup>133</sup> Algunas leyes disponen estándares más estrictos para enjuiciar la regulación de las agencias que los establecidos en la APA, mientras que en otros casos se excluye el control judicial sobre determinadas actuaciones de las agencias (*Webster v. Doe*, 486 U.S. 592, 1988).

<sup>134</sup> El control judicial del cumplimiento con los requisitos de la RFA, la UMRA y la CRA presentan particularidades en cada uno de los casos. La aplicación por las agencias del análisis de flexibilidad regulatoria exigido por la RFA puede ser objeto de control judicial conforme a lo previsto en aquella. La UMRA también permite el control judicial de las agencias por lo que respecta a la omisión de los análisis requeridos para determinar el impacto sobre las pequeñas empresas y organizaciones, pero los fallos o inconsistencias en estos análisis no pueden ser invocados para pretender la anulación de la regulación afectada. Por último, la CRA excluye la revisión judicial de la revisión por parte del Congreso, para no interferir en su actuación.

<sup>135</sup> La aplicación del análisis y evaluación económica a la regulación cuando la ley lo omite o es ambigua se decide, en primera instancia, por las agencias de manera singular en cada uno de los supuestos. Ahora bien, las agencias ejecutivas deben aplicar lo dispuesto en la E.O. 12.866, E.O. 13.563 y ahora E.O. 13.777, y llevar a cabo un análisis de la regulación que pueda tener un impacto significativo y someterla a la revisión



En los casos en que no existe una exigencia legal explícita de la evaluación económica de la normativa que adopten las agencias y en aquellos otros en los que se prohíbe su aplicación, se plantea la cuestión de si las agencias deben o no aplicarla, es decir, si existe o no un principio general de aplicación por defecto de la evaluación económica de la regulación por parte de las agencias.

Los Tribunales deben interpretar el silencio o la ambigüedad de manera singular para cada caso sin otra consideración que lo dispuesto específicamente por la ley, en tanto ni la Constitución ni el resto de las leyes disponen criterios para resolver esta cuestión. Por tanto, existe una evolución jurisprudencial en los supuestos en que los tribunales se han ido pronunciando con respecto a la aplicación o no de la evaluación económica a la regulación por parte de las agencias cuando la ley no es clara al respecto.

En un primer momento, el Tribunal Supremo rechazó categóricamente la posibilidad de una evaluación económica de la regulación en supuestos en los que no existía una autorización o exigencia expresa al respecto por parte del Congreso fijada en una ley. En dos sentencias dictadas justo antes del inicio de la etapa de desregulación de los ochenta, el Tribunal Supremo se pronunció, primero, manifestando una voluntad por ceñirse literalmente a lo que dispusieran las leyes independientemente del resultado que tal interpretación produjese. Sin embargo, este ímpetu inicial fue atemperado en posteriores sentencias en las que, si bien excluía la evaluación económica cuando no estaba legalmente prevista, sin embargo, rechazaba que se pudieran producir resultados irracionales en términos de costes, como consecuencia de una falta de evaluación de la regulación de las agencias.

Así, el Tribunal Supremo rechazó en su sentencia *Tennessee Valley Authority v. Hill* (1978)<sup>136</sup> la posibilidad de que las agencias considerasen los costes económicos en sus actuaciones cuando la ley se mostraba poco clara al respecto, pero, en este caso, no se trataba de una norma sino de una decisión singular —relativa a la construcción de una presa—, con unas implicaciones muy concretas. Más significativo fue el fallo contenido en la sentencia *American Textile* (1981)<sup>137</sup> en la que el Tribunal Supremo se pronunció en el mismo sentido,

---

centralizada por parte de la OIRA, en tanto las órdenes exigen que así se haga “en la medida que sea posible y lo permitan las Leyes” “*to the extent feasible and permitted by law*”.

136 *Tennessee Valley Authority v. Hill*, 437 U.S. 153 (1978). El Tribunal Supremo consideró que la sección 7.<sup>a</sup> de la Ley de Especies Amenazadas (*Endangered Species Act*) contenía un mandato genérico de protección de las especies dirigido a las agencias (no deben “comprometer ni amenazar o poner en peligro la existencia de la especie ni degradar su habitat”) de forma absoluta, impidiendo que se tuviesen en cuenta los enormes costes económicos que implicaba paralizar la construcción de la presa de Tellico para proteger a una especie autóctona de nulo interés comercial. El Tribunal Supremo afirmó que “en este caso, la carga que supone la pérdida de millones de dólares que no se pueden recuperar, sería ampliamente superar por la pérdida de la perca tanasi (snail darter) —la presa se encontraba completada en un 80% y la inversión hasta ese momento era superior a los 50 millones de dólares— en la medida que ni el artículo III de la Ley de Especies Amenazadas ni tampoco la Constitución atribuyen a los tribunales federales de capacidad para llevar a cabo un cálculo tan utilitarista” [452 U.S. 490 (1981)]. No obstante, el Congreso aprobó posteriormente una modificación a la ley, contemplando excepciones que permitieron continuar con la construcción de la presa.

137 *American Textile Manufacturers Institute v. Donovan*, 452 U.S. 490 (1981). El Tribunal Supremo excluyó la posibilidad de una evaluación económica en la elaboración por parte de la Administración para la Seguridad y Salud Laboral (*Occupational Safety and Health Administration*, OSHA) de unos estándares de seguridad y salud conforme a lo previsto en la sección 6(b)(5) de la Ley de Seguridad y Salud Laboral, en la que no hacía

excluyendo la evaluación económica de una normativa al no existir un mandato claro por parte del legislador, por lo que se convirtió en el referente judicial para rechazar la aplicación de la evaluación económica en estas circunstancias.

Este problema en torno a la exigencia o no de la evaluación económica cuando no existe habilitación en la ley en que fundamenta la regulación puede considerarse desde una perspectiva más amplia, planteando la cuestión de si las agencias pueden tener en cuenta otros factores sobre los que no se ha pronunciado el legislador. En este sentido, el Tribunal Supremo señaló posteriormente en su sentencia *State Farm* (1983)<sup>138</sup>, que las agencias no pueden tomar en consideración ningún otro factor a menos que el Congreso haya dado instrucciones específicas a las agencias para tenerlo en cuenta. La Sentencia *State Farm* anuló la normativa adoptada por una agencia al considerar que su actuación resultaban arbitrarias y caprichosas cuando no consideran un factor “relevante” o cuando se basan en un factor “inadmisible” que no ha sido considerado por el Congreso. El Tribunal Supremo ha dictado otras sentencias que facilitan ejemplos de otros factores —más allá del impacto económico— que las agencias no pueden tomar en consideración en sus actuaciones cuando no han sido legalmente exigidos<sup>139</sup>.

La Sentencia *Chevron* (1984) introdujo un nuevo paradigma en el control judicial de la actividad de las agencias a través del principio de la deferencia judicial a favor de sus decisiones, lo que implica el reconocimiento de un amplio margen de respeto a las interpretaciones llevadas a cabo por las agencias<sup>140</sup>. La doctrina de la deferencia judicial, sumada al impulso que se dio en aquellos años al análisis regulatorio, podía haber llevado al Tribunal Supremo

---

referencia a la evaluación económica, pero requería que dichos estándares se determinase aseguran, “en la medida de lo posible”, que ningún trabajador viera afectada su salud. El Tribunal afirmó que la cláusula “en la medida de lo posible” excluye la evaluación económica “situando el ‘beneficio’ que es la salud del trabajador por encima de cualquier otra consideración excepto aquellas que pudieran hacer imposible la consecución de este beneficio”.

138 *Motor Vehicle Manufacturers Association of the United States v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.* (State Farm) 463 U.S. 29, 59 (1983) en la que se afirma que “Por lo general, la regulación de una agencia se considerará arbitraria y caprichosa si la agencia se ha basado en factores que el Congreso no tenía intención de considerar” [463 U.S. 43 (1983)].

139 *Vid.* Pierce, Richard. What factors can an agency consider in making a decision?, *Michigan State Law Review*, (2009): 67-86. El Tribunal Supremo clarificó el denominado *State Farm* test los factores que las agencias no debían tener en cuenta en la adopción de sus decisiones: a) Los factores considerados relevantes por razón de otras leyes relacionadas con la ley en la que la agencia fundamenta su actuación [*LTV Corporation v. Pension Benefit Guaranty Corporation* (PBGC) (496 U.S. 633 (1990))]; b) Cualquier problema relacionado con el problema que se afronta con la actuación que la agencia se plantea desarrollar incluso en el caso de que dicha actuación pueda potenciar dicho problema [*Mobil Oil Exploration & Producing Southeast v. United Distribution Companies*, 498 U.S. 211 (1991)].

140 En concreto los Tribunales deben, en primer lugar (*Chevron step one*), analizar si, en cada caso, el Congreso se ha pronunciado expresamente sobre la cuestión, es decir, fijarse en la literalidad de la ley para determinar si verdaderamente puede considerarse que existe ambigüedad en su redacción (“must give effect to the unambiguously expressed intent of Congress”, *Chevron Step One*); y, en segundo lugar (*Chevron step two*), cuando no hay duda en cuanto a la claridad del contenido de la ley, el Tribunal debe determinar si la decisión de la agencia se basa en una interpretación razonable del contenido de la ley, sin que tenga que ser la única interpretación posible o la más razonable, esto es, si la interpretación de la ley que lleva a cabo la agencia tiene cabida en el silencio o en la ambigüedad de la Ley (“if the statute is silent or ambiguous with respect to the specific issue, the question for the court is whether the agency’s answer is based on a permissible construction of the statute”).

a modificar su postura contraria a la evaluación económica de la regulación por parte de las agencias en aquellos casos en que no existiese una autorización expresa en la ley y respetar la interpretación llevada a cabo por las agencias la agencia, si bien, por el contrario, mantuvo el mismo planteamiento de rechazo. En efecto, en su sentencia *American Trucking* (2001)<sup>141</sup> el Tribunal Supremo señaló que la EPA podía obviar los costes de implementación en la elaboración de los estándares Nacionales de Calidad del Aire (*National Ambient Air Quality Standards*) conforme a lo establecido en la sección 109(b)(1) de la Ley de Calidad del Aire (*Clean Air Act*) que exige a la EPA que los fije “al nivel necesario para proteger la salud” y “con un margen adecuado de seguridad”<sup>142</sup>.

El cambio se produciría diez años después, cuando el Tribunal Supremo dictó la sentencia *Entergy Corp. v. Riverkeeper, Inc.* (2009)<sup>143</sup> que contiene la postura que actualmente se sigue con respecto a la evaluación económica de la regulación por parte de las agencias en supuestos en los que no exista un mandato expreso o claro por parte del legislador, que viene a romper con el rechazo absoluto a la evaluación de la regulación practicada por las agencias en dichos supuestos. Con *Entergy* el Tribunal Supremo se abre a una interpretación más favorable a la evaluación económica de la regulación, con lo que se suma, junto al resto de los poderes, a la consagración del Estado del coste-beneficio.

Las interpretaciones que se le han dado a la Sentencia *Entergy* son muy diversas. Por una parte, se sostiene que el Tribunal Supremo no invierte su interpretación con respecto a la evaluación económica sino que la matiza, admitiendo la aplicación mesurada de la evaluación económica que permita a las agencias ponderar los costes y beneficios de la regulación para descartar aquellas opciones, cuyos costes puedan resultar desproporcionadamente altos

---

<sup>141</sup> In *Whitman v. American Trucking Associations* 531 U.S. 457 (2001).

<sup>142</sup> El Juez Scalia, ponente de la sentencia, excluyó que la Sección 109(b)(1) dejase margen de actuación a la EPA en tanto el Congreso había fijado un principio inteligible. Por tanto, aplica una deferencia limitada al considerar que dicha sección limita la discrecionalidad de la EPA en tanto la literalidad de la ley no permite considerar los costes de implementación en la fijación de los estándares. Desde una interpretación textualista, Scalia señala que la Sección 109 no hace alusión a los costes mientras que si se hace dicha referencia en otras secciones, y considera que una cuestión de tal relevancia no puede introducirse de forma elusiva en la Ley en tanto el Congreso “no esconde elefantes en ratoneras” [531 U.S. at 468].

<sup>143</sup> En la Sentencia *Entergy Corp. v. Riverkeeper, Inc.* 129 S. Ct. 1498 (2009), el Tribunal Supremo respalda la interpretación efectuada por la EPA de la sección 316(b) de la Ley de Calidad del Agua (*Clean Water Act*) que admite la valoración de los costes y beneficios a la hora de determinar la “mejor tecnología posible para minimizar el impacto ambiental” de los sistemas de enfriamiento del agua de centrales eléctricas. El juez Scalia como ponente de esta sentencia que fue adoptada por la mínima, aplica de forma generosa la deferencia judicial basada en *Chevron* a favor de la interpretación de la sección 316(b) de la EPA que consideró que la determinación de la “mejor tecnología” permitía la consideración de los costes de dicha tecnología en relación con los beneficios que esta aportaba para el medioambiente. Scalia juega con la redacción de la ley y señala que al utilizar términos como “mejor” y “minimizar” la ley introduce el concepto de “tecnología más eficiente”, que es la que produce mejores resultados a un menor coste, por lo que considera que la ley no impide la evaluación económica de la regulación. Esta interpretación tiene su precedente en otras sentencias dictadas por el D.C. Court, en el mismo sentido, *National Resources Defense Council v. EPA*, 824 F.2d 1146 (D.C. Cir. 1987); *National Resources Defense Council v. EPA*, 937 F.2d 641 (D.C. Cir. 1991); *International Union, UAW v. OSHA*, 938 F.2d 1310 (D.C. Cir. 1991); *Michigan v. EPA*, 213 F.3d 663 (D.C. Cir. 2000).

para los beneficios que comporta<sup>144</sup>. En este sentido, se afirma que la nueva interpretación sentada por el Tribunal Supremo se ajusta al consenso de todos los poderes del Estado con respecto a la aplicación de la evaluación económica para evitar resultados irracionales, y no obliga a las agencias a aplicarlo de manera sistemática sino dentro de un margen que se sostiene con la interpretación de la ley<sup>145</sup>. Sin embargo, el cambio introducido en la sentencia *Entergy* no es menor, ya que, en verdad, supone acabar con el rechazo categórico del Tribunal Supremo a la introducción de la variable económica en la regulación cuando no estaba previsto expresamente por aquellas, lo que supone un claro debilitamiento de la protección ambiental y de los demás valores no económicos que el Tribunal había dispensado durante décadas frente al empuje del utilitarismo que se oculta en la aplicación generalizada de la evaluación económica<sup>146</sup>.

En todo caso, debe tenerse en cuenta que un análisis detallado de todas las sentencias indicadas del Tribunal Supremo no permite deducir que exista un principio pro o antievaluación económica de la regulación en los casos en que la Ley no se manifiesta o lo hace de forma ambigua. Cada una de esas sentencias, que tratan la cuestión, lo hacen de forma muy condicionada a las circunstancias concretas del caso lo que impide deducir un principio categórico en un sentido o en otro, ya que el resultado depende de la redacción de la ley en que se fundamenta la regulación, la forma en que el asunto se plantea ante los Tribunales y los argumentos de las partes y que la decisión implique costes desproporcionados o afecte a beneficios extraordinarios<sup>147</sup>.

Por tanto, no puede afirmarse que exista una doctrina jurisprudencial completa y definitiva con respecto a la evaluación económica de las actuaciones de las agencias que permita determinar si constituye o no un elemento consustancial a la regulación. En todo caso no parece razonable que tengan que ser los Tribunales quienes consagren la evaluación económica como parte de la política regulatoria, en tanto, como se ha indicado, no existe un Derecho administrativo de creación jurisprudencial.

---

144 Así lo interpreta Cannon (2010), 427-28, 447-450; quien considera que el juez Scalia plantea que, en ausencia de una autorización expresa por parte del legislador, se puede llevar a cabo una evaluación económica a través de una valoración informal de los costes y beneficios y no a la aplicación de un ACB formalizado (*Entergy*, 129 S. Ct. 1508.) También el juez Breyer, en su voto concurrente, considera que la interpretación que hace la EPA de la ley es correcta, ya que su redacción permite identificar los beneficios ambientales (en términos no cuantificados) y ponderar costes y beneficios conforme a un criterio experto basado en el conocimiento científico (*Entergy*, 129 S. Ct. 1514-15.)

145 *Vid.* Cannon (2010), 454-459 defendiendo estos argumentos.

146 En este sentido, se pronuncia el juez Stevens en su voto particular, señalando que la aplicación “suavizada” del ACB es irrelevante, ya que el problema es que supone incorporar elementos de eficiencia económica en lo que había sido una interpretación categorial a favor de la protección ambiental (*Entergy*, 129 S. Ct. 1520 n.9, 1521 n.13).

147 Así puede comprobarse en dos de los casos señalados en los que el mismo ponente (juez Scalia) aplicando el mismo método interpretativo llega a conclusiones dispares motivadas, muy probablemente, por las diferencias en las circunstancias de fondo: en *American Trucking* (2001) la fijación de estándares de calidad del aire por la EPA no presentaban importantes incertidumbre en el cálculo de sus costes; en *Entergy* (2009) el coste de los estándares para la contaminación del agua por las centrales eléctricas era perfectamente cuantificables.

#### 4.3. EL CONTROL JUDICIAL DE LA APLICACIÓN DE LA EVALUACIÓN ECONÓMICA A LA REGULACIÓN

Al margen de lo analizado hasta ahora, el control judicial puede ejercerse sobre la regulación de las agencias adoptada en los supuestos en que la ley en que se fundamenta es clara al exigir expresamente la incorporación de algún tipo de evaluación económica a las decisiones de las agencias.

En estos casos, la agencia debe llevar a cabo la evaluación económica exigida en la ley a la que debe dar la publicidad necesaria, junto al resto de informes en que se base la propuesta, para cumplir con la exigencia de transparencia propias del procedimiento informal (*informal rulemaking*)<sup>148</sup>.

Asimismo, el análisis efectuado debe ser racional, congruente y coherente, y la norma que se elabore debe ajustarse a su contenido. En este sentido, los Tribunales ejercen un control sobre la discrecionalidad que tienen reconocidas las agencias para garantizar que la regulación no es arbitraria (*arbitrary and capricious*) en el sentido establecido en la sección 702(2)(A) APA. Este control de la discrecionalidad es el que se utiliza normalmente como fundamento para atacar la motivación de la normativa adoptada por las agencias y anular sus actuaciones.

La delimitación del alcance del control de la discrecionalidad de las agencias viene determinada por la *hard look doctrine* confirmada por el Tribunal Supremo en la sentencia *State Farm*<sup>149</sup>, conforme a la que se considera que las agencias cumplen con la motivación suficiente cuando: a) facilitan una explicación razonada de que la evaluación económica se llevó a cabo de forma adecuada y que sus resultados son coherentes; b) la agencia responde a las alegaciones más relevantes; c) su motivación se encuentra respaldada por el contenido del expediente.

Los Tribunales pueden exigir a las agencias una mayor justificación de sus decisiones, exigiéndoles una motivación más detallada y completa, y obligándolas a elaborar nuevo análisis, evaluaciones o informes<sup>150</sup>. Sin embargo, los Tribunales han establecido límites a estas exigencias, de modo que las agencias no pueden verse obligadas a tener que cumplir con más requisitos procedimentales en sus actuaciones que los exigidos en las leyes y en la Constitución (sentencia *Vermont Yankee*)<sup>151</sup> y tampoco tienen que entrar a considerar

<sup>148</sup> *Portland Cement Ass'n v. Ruckelshaus*, 486 F.2d 375 (D.C. Cir. 1973).

<sup>149</sup> La doctrina de la revisión intensa (*hard look doctrine*) surge originariamente en las sentencias del *D.C. Court* que exige a las agencias que lleven a cabo un análisis en profundidad (*hard look*) de las cuestiones implicadas en sus decisiones. En la Sentencia *Overton Park v. Volpe*, 401 U.S. 402 (1971) el Tribunal Supremo apuntó, en este sentido, al exigir un control “profundo y cuidadoso” de las decisiones de las agencias y poniendo de manifiesto la importancia del expediente. Finalmente, en la Sentencia *Motor Vehicle Manufacturers Association of the United States v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.* 463 U.S. 29, 59 (1983) terminó por asumir la doctrina del análisis en profundidad (*hard look doctrine*) que exige un análisis más intenso en el desarrollo del procedimiento informal. *Vid.* LUBBERS (2014), 7-14, 469-540.

<sup>150</sup> En la Sentencia *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals*, 509 U.S. 579 (1993) el Tribunal Supremo rechaza evidencias científicas irrelevantes o poco fiables para justificar la regulación, exigiendo una mayor solidez científica de las decisiones adoptadas por la agencias.

<sup>151</sup> *Vid.* supra npp. 129.

otras alternativas más allá de las que son razonables y las cuestiones que las que han sido planteadas en el trámite de información pública (sentencia *State Farm*)<sup>152</sup>.

En todo caso, los Tribunales son cada vez más exigentes con los procedimientos regulatorios de las agencias y anulan, con mayor frecuencia, las normas resultantes, en particular en los supuestos en que el procedimiento se encuentra más detallado por la ley<sup>153</sup>. La *hard look doctrine* ha derivado en un control más intenso de las decisiones de las agencias, reduciendo el uso desviado de la discrecionalidad, obligando a las agencias a desarrollar unos análisis más exhaustivos, en los que deben considerar los aspectos más relevantes y analizar las posibles alternativas. Sin embargo, este incremento en la intensidad del control judicial de las agencias ha sido criticado en tanto pueden afectar al normal ejercicio de la función de regulación de las agencias que pueden verse bloqueadas interfiriendo así en su función regulatoria<sup>154</sup>, y, asimismo, puede ser utilizada por los jueces en función de su planteamiento personal con respecto a la cuestión<sup>155</sup>.

En este sentido, el Tribunal Supremo apunta a una mayor exigencia en el control judicial de las actuaciones de las agencias reduciendo así la tradicional deferencia que se venía aplicando a sus actuaciones. Así en la sentencia *Massachusetts v. EPA* (2007), el Tribunal Supremo consideró que la EPA no había justificado suficientemente su decisión de no regular la emisión de gases de efecto invernadero por parte de los vehículos a motor conforme al exigido en la Ley de Calidad del Aire<sup>156</sup>. Otros Tribunales han exigido a las agencias un mayor análisis, obligándolas a facilitar una mayor justificación de sus actuaciones<sup>157</sup>.

En definitiva, y como conclusión, puede afirmar que también los Tribunales se están mostrando cada vez más favorables al análisis y evaluación económica de la regulación

152 Las agencias no pueden ignorar las cuestiones relevantes que hayan sido planteadas en el trámite de información pública, pero no se les puede exigir que consideren “toda alternativa [...] que pueda concebirse [...] independientemente de lo ilógico o inverosímil de tales alternativas” [*Motor Vehicle Manufacturers Association of the United States v. State Farm Mutual Automobile Insurance Co.* 463 U.S. 50 (1983)].

153 En los recursos en que se plantea el análisis de la discrecionalidad de las agencias sobre la base del *hard look doctrine*, el porcentaje de actuaciones anulada por los Tribunales asciende al 64%. *Vid.* MILES, THOMAS y CASS R. SUNSTEIN. The real world of arbitrariness review, *University of Chicago Law Review* 75, (2008): 797.

154 MCGARITY (1992), 441; PIERCE (1995), 59.

155 En este sentido MILES y SUNSTEIN (2008), 761 tratan de demostrar la influencia de las preferencias políticas de los jueces en el nivel de intensidad del control que ejercen y reclaman una flexibilización de la aplicación del *hard look doctrine*.

156 En la sentencia *Massachusetts v. EPA*, 127 S Ct. 1438 (2007), el Tribunal Supremo rechazó la justificación de la EPA de no proceder a regular la emisión de dióxido de carbono y otros gases de efecto invernadero (GEI) de los vehículos a motor, en razón a que su decisión regulatoria no tuvo en cuenta lo dispuesto en la Ley de Calidad del Aire. El Tribunal consideró que el listado de razones ofrecido por la EPA no podía sustituir el análisis razonado de la cuestión, ni desconocer la existencia de la ley específica en esta materia. En este sentido, REVESZ y LIVERMORE (2008), 188 señalan que el planteamiento de la sentencia *Massachusetts v. EPA* puede servir para actuar frente a los supuestos en que las agencias deciden no regular una cuestión a pesar de que los ACB señalan que puede mejorar el bienestar.

157 En concreto el D.C. *Columbia* viene, desde hace tiempo, exigiendo *cfr.* *Public Citizen Health Research Group v. Tyson*, 796 F.2d 1479 (D.C. Cir. 1986); *Corrosion Proof Fittings v. EPA* (asbestos), 947 F.2d 1201 (D.C. Cir. 1991); *Chamber of Commerce*, 412 F.3d 136 (D.C. Cir. 2005); *Owner-Operator Indep. Drivers Ass'n Inc. v. Fed. Motor Carrier Safety Admin.*, No. 06-1035 (D.C. Cir. July 24, 2007); *In New Jersey v. ESP* (2008); *American Equity Investment Life Insurance Company v. SEC*, 613 F.3d 166, 167-68 (D.C. Cir. 2010); y, más recientemente, *Business Roundtable v. SEC*, 647 F.3d 1144 (D.C. Cir. 2011).

de las agencias Las decisiones judiciales en este sentido resultan esenciales ya que las actuaciones de las agencias que resultan anuladas dejan de ser aplicada en la elaboración de nuevas normas, de modo que los Tribunales contribuyen con sus sentencias a configurar la política regulatoria<sup>158</sup>.

Si bien es cierto que no puede deducirse un pronunciamiento unánime y claro al respecto, resulta evidente que, independientemente de lo coyuntural de los fallos de los distintos Tribunales, en todos ellos puede apreciarse una predisposición favorable a la evaluación económica de la regulación. En este sentido, puede afirmarse que los Tribunales también han favorecido la incorporación de la evaluación económica a la regulación de las agencias, colaborando así a la consagración del Estado del coste-beneficio.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ADLER, MATTHEW y ERIC POSNER. *New foundations of cost-benefit analysis*. Cambridge: Harvard University Press, 2006.
- ACKERMAN, FRANK y LISA HEINZERLING. *Priceless. On knowing the price of everything and the value of nothing*. Nueva York: New Press, 2004.
- AMAN, ALFRED. *Administrative law in the Global Era*. Ithaca-Londres: Cornell University Press, 1991.
- AMAN, ALFRED. *The democracy deficit: taming globalization through law reform*. Nueva York: New York University Press, 2004.
- BOUTROUS, HELEN. Regulatory review in the Obama administration: cost-benefit analysis for everyone. *Administrative Law Review* 62, (2010): 243-261.
- BREYER, STEPHEN, RICHARD STEWART, B. CASS, R. SUNSTEIN, ADRIAN VERMEULE y MICHAEL HERZ. *Administrative law and regulatory policy: problems, text, and cases*. 7.<sup>a</sup> edición. Nueva York: Wolters Kluwer, 2011.
- BRUFF, HAROLD. Presidential management of agency rulemaking. *Georg Washington Law Review* 57, (1989): 553.
- COLE, DANIEL. Law, politics, and cost-benefit analysis. *Alabama Law Review* 64, (2012): 55-89.
- CALABRESI STEVEN y CHRISTOPHER YOO. *The unitary executive: presidential power from Washington to Bush*. New Haven: Yale University Press, 2008.
- CANNON, JONATHAN. The sounds of silence: cost benefit canons in *Entergy Corp. v. Riverkeeper, Inc.* *Harvard Law Review* 34, (2010): 425-460.
- CAREY, MAEVE. Cost-benefit and other analysis requirements in the rulemaking process. *Congressional Research Service*, 7-5700, R41974, 2014.

---

158 REVESZ y LIVERMORE (2008), 158.

- CAREY, MAEVE y ALISSA DOLAN. *The congressional review act: frequently asked questions*. Congressional Research Service, 7-5700, R43992, 2016.
- COOPER, PHILLIP. *The war against regulation: from Jimmy Carter to George W. Bush*. Kansas: University Press of Kansas, 2009.
- CUÉLLAR, MARIANO-FLORENTINO. Rethinking regulatory democracy. *Administrative Law Review* 57, (2005): 411-499.
- DILGER ROBERT y RICHARD BETH. *Unfunded mandates reform act: history, impact and issued*. Congressional Research Service, 7-5700, R40957, 2012.
- DOLAN, ALISSA, ELAINE HALCHIN, TODD GARVEY, WALTER OLESZEK y WENDY GINSBERG. *Congressional oversight manual*. Congressional Research Service, 7-5700, RL30240, 2016.
- FINE, JEFFREY y ADAM WARBER. Circumventing adversity: executive orders and divided government, *Presidential Studies Quarterly* 42, (2012): 256-274.
- FINKEL, ADAM y JASON SULLIVAN. A cost-benefit interpretation of the “substantially similar” hurdle in the Congressional Review Act: can OSHA ever utter the e-word (ergonomics) again? *Administrative Law Review* 63, (2011): 707.
- FUNK, WILLIAM y JEFFREY LUBBERS. *Federal administrative procedure sourcebook*. ABA Book Publishing, 2016.
- GOODMAN, MARSHALL y MARGARET WRIGHTSON. *Managing regulatory reform. The Reagan strategy and its impact*. Washington: Praeger Publishers Inc, 1987.
- HAHN, ROBERT. State and Federal Regulatory Reform: a comparative analysis. *The Journal of Legal Studies* 29, n.º 2 (2000): 873-912.
- HAHN, ROBERT y CASS SUNSTEIN. A new executive order for improving Federal Regulation. *University of Pennsylvania Law Review* 150, (2002): 1489-1552.
- HARRISON, JEFFREY, THOMAS MORGAN y PAUL VERKUIL. *Regulation and deregulation, cases and materials*. St. Paul: West Publishing Company, MN. Hill, C., 2004.
- HERTZ, MICHAEL. Chevron is dead; long live Chevron. *Columbia Law Review* 115, (2015): 1867-1910.
- HOWELL, WILLIAM. *Power without persuasion: the politics of direct presidential action*. New Jersey: Princeton University Press, 2003.
- HUFSCHEMIDT, MAYNARD. Benefit-cost analysis: 1933-1985. *Journal of Contemporary Water Research and Education* 116, (2000): 42-49.
- KAGAN, ELENA. Presidential administration. *Harvard Law Review* 114, (2001): 2245-2385.
- KERWIN, CORNELIUS y SCOTT FURLONG. *Rulemaking: how government agencies write law and make policy*. Washington: DC:CQ, 2011.
- KYSAR, DOUGLAS A. *Regulating from nowhere: environmental law and the search for objectivity*. New Haven: Yale University Press, 2010.



- LESSIG, LAWRENCE y CASS SUNSTEIN. The president and the administration. *Columbia Law Review* 94, (1994): 1-223.
- LUBBERS, JEFFREY. *A guide to federal agency rulemaking*. Chicago: American Bar Association, 2014.
- MAYER, KENNETH. *With the stroke of a pen: executive orders and presidential power*. Nueva Jersey: Princeton University Press, 2001.
- MCGARITY, THOMAS. Regulatory reform in the Reagan Era. *Maryland Law Review* 45, (1986): 253-273.
- MCGARITY, THOMAS. Regulatory analysis and regulatory reform. *Texas Law Review* 65, (1987): págs. 1243-1333.
- MCGARITY, THOMAS. Presidential control of regulatory agency decisionmaking. *American University Law Review* 36, (1987): 443-490.
- MCGARITY, THOMAS. *Reinventing rationality. The role of regulatory analysis in the federal bureaucracy*. Cambridge: Cambridge University Press, 1991.
- MCGARITY, THOMAS. Some thoughts on “deossifying” the rulemaking process. *Duke Law Journal*, (1992): 1385-1462.
- MCGARITY, THOMAS. *A cost-benefit state*. *Administrative Law Review* 50, (1998): 7-79.
- MCGARITY, THOMAS, SYDNEY SHAPIRO y DAVID BOLLIER. *Sophisticated sabotage: the intellectual games used to subvert responsible regulation*. Washington: Environmental Law Institute, 2004.
- MILES, THOMAS y CASS SUNSTEIN. The real world of arbitrariness review. *University of Chicago Law Review* 75, (2008): 761-814.
- MORRISON, ALAN. OMB interference with agency rulemaking: the wrong way to write a regulation. *Harvard Law Review*, 99 (1986): 1059-1074.
- NOU, JENNIFER. Regulating the rulemakers: a proposal for deliberative cost-benefit analysis. *Yale Law & Policy Review*, 26 (2008): 601-644.
- O’CONNELL, ANNE. Political cycles of rulemaking: an empirical portrait of the modern administrative state. *Virginia Law Review* 94, (2008): 889-986.
- PIERCE, RICHARD. *Seven ways of deossify agency rulemaking*. *Administrativa Law Review* 47, (1995): 59-95.
- PIERCE, RICHARD. *Administrative law treatise*. Nueva York: Aspen Publishers, 2009.
- PIERCE, RICHARD. What factors can an agency consider in making a decision? *Michigan State Law Review*, (2009): 67-86.
- PILDES, RICHARD y CASS SUNSTEIN. Reinventing the regulatory state. *University of Chicago Law Review* 62, n.º 1 (1995): 1-129.

- POSNER, RICHARD. Cost-benefit analysis: definition, justification and comments on conference paper. *The Journal of Legal Studies* 29, n.º 2 (2000): 1153-1177.
- REVEZ, RICHARD y MICHAEL LIVERMORE. *Retaking rationality: how cost-benefit analysis can better protect the environment and our health*. Nueva York: Oxford University Press, 2008.
- RINGQUIST, EVAN, JEFFREY WORSHAM y EISNER MARG ALLEN. *Contemporary regulatory policy*. Lynne Rienner Pub, 2006.
- ROSE-ACKERMAN, SUSAN. A regulatory revolution is underway. *The Hill*, 2017.
- ROSENBERG, MORTON. Beyond the limits of executive power: presidential control of agency rulemaking under executive order 12291. *Michigan Law Review* 181, (1987): 193-247.
- ROSENBERG, MORTON. The critical need for effective congressional review of agency rules: background and considerations for incremental reform. *Administrative Conference of the United States, July 18, 2012*.
- SHAPIRO, STUART y DEANNA MORAN. The checkered history of regulatory reform since the APA, *NYU Journal of Legislation and Public Policy* 19, n.º 1 (2016): 141-182.
- STRAUSS, PETER. The rulemaking continuum. *Duke Law Journal* 41, (1992): 1463-1489.
- STRAUSS, PETER. *Presidential rulemaking*, 72 *Chicago-Kent Law Review* 72, (1997): 965-986.
- STRAUSS, PETER. *Overseer or "the decider"? The president in administrative law*. *George Washington Law Review* 75, (2007): 696-760.
- STRAUSS, PETER y CASS SUNSTEIN. The role of the president and OMB in informal rulemaking. *Administrative Law Review* 38, (1986): 1-123.
- SUNSTEIN, CASS. Legislative foreword: Congress, constitutional moments, and the cost-benefit state. *Stanford Law Review* 48, (1996): 247-309.
- SUNSTEIN, CASS. *The cost-benefit state: the future of regulatory protection*. American Bar Association, 2002.
- SUNSTEIN, CASS. Empirically informed regulation. *University Chicago Law Review* 78, (2011): 1349-1429.
- SUNSTEIN, CASS. The office of information and regulatory affairs: myths and realities. *Harvard Law Review* 126, n.º 7 (2013): 1838-1878.
- SUNSTEIN, CASS. *Simpler: the future of government*. Nueva York: Simon & Schuster, 2013.
- SUNSTEIN, CASS. The regulatory lookback. *Regulatory Policy Program Working Paper* (RPP-2014-01), Mossavar-Rahmani Center for Business and Government, Harvard Kennedy School, Harvard University, 2014.
- SUNSTEIN, CASS. From technocrat to democrat. *Harvard Law Review* 128, (2014): 488-499.
- SUNSTEIN, CASS. The most knowledgeable branch. *University of Pennsylvania Law Review* 164, (2016): 1607-1648.